M Heiner

Bochum 1981

Offene Fragen im Wiedereinsetzungsrecht des Strafprozesses

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr - Universität Bochum

Vorgelegt von

Martin Heiner

Regierungsrat aus Witten

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan : Prof. Dr. Krampe
Erstberichterstatter : Prof. Dr. Herzberg
Zweitberichterstatter : Prof. Dr. Warda

Tag der mündlichen Prüfung: 25.11.1981

Gliederung Seite

1. Teil 1

Einleitung 1

2. Teil 2

Grundlagen der Wiedereinsetzung

A. Geschichtliche Entwicklung 2

I. vor Schaffung der StPO 2

II. nach Schaffung der StPO 3

B. Zweck und Rechtswirkungen der Wiedereinsetzung 5

I. Zweck 5

II. Rechtswirkungen 7

1. Die herrschende Zurückversetzungstheorie 7

2. Abwandlung der Zurückversetzungstheorie (Kathoener und Sax) 9

3. Die Lehre von Bennecke/Beling 10

4. Ergebnis 11

C. Stellung der Wiedereinsetzung im Rechtsbehelfssystem der StPO 12

D. Die verfassungsrechtliche Funktion der Wiedereinsetzung 16

I. Die Rechtsprechung des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Wiedereinsetzung 16

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544708_0035

Seite

II. Anwendungsbereich der Rechtsprechung des BVerfG 18

E. Die Wiedereinsetzung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit 20

3.Teil 25

Einzelfragen

A. Antragsberechtigung 25

B. Ist die Beschwer Zulässigkeitsvoraussetzung der Wiedereinsetzung ? 31

C. Der Begriff der "Frist" iSd § 44 StPO 35

I. Streitstand 35

II. Kann bei Versäumung der Frist des § 172 Abs.1 StPO Wiedereinsetzung gewährt werden ? 37

1 a) Darstellung des Meinungsstreites 37

b) Kritik an der überkommenen Auffassung 38

2. Verfahrensgang bei Zulassung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist des § 172 Abs.1 StPO 41

Seite

III. Kann bei Versäumung der Frist des § 77 b StGB Wiedereinsetzung gewährt werden ? 44

1. Darstellung des Streitstandes 44
2. Stellungnahme 46

IV. Endergebnis 49

D. Wiedereinsetzung bei formfehlerhaftem Handeln ? 50

E. Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Revisionsrügen 54

I. Problemstellung (Ausscheiden des Nachholens von Sachrügen) 54
II. Erörterung der herrschenden Meinung 57

1. Die Rechtsprechung des RG 57
a) Grundsatzentscheidung RGSt 24, 250 57
b) Kritik 59

2. Die Rechtsprechung des BGH 60
a) Überblick 60
b) Grundsatzentscheidung BGHSt 1, 44 62
aa) Kritik an der Methodik des BGH 63
bb) Kritik an der Interessenabwägung des BGH 64
cc) Kritik unter dem Gesichtspunkt des Art.3 GG 67

Seite

dd) und unter dem Gesichtspunkt des § 273 Abs.4 StPO 68

3. Entwicklung der Rechtsprechung nach BGHSt 1,44 71

a) Darstellung und Kritik einiger Entscheidungen, die Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen gewähren 71

b) Die Auffassung von OLG Köln und OLG Braunschweig 74

c) BGHSt 14, 330

4. Anhänger der herrschenden Rechtsprechungsmeinung 81

5. Zusammenfassung 81

III. Erörterung der Mindermeinung

1. Darstellung und Kritik der Auffassung von Schweling 82

2. Der Gedanke der Teilversäumnis 86

a) OLG Frankfurt 86

b) Kalthoener 87

c) Pentz 88

d) Wendisch 88

3. Stellungnahme zum Gedanken der Teilversäumnis 89

4. Grenzen der Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Revisionsrügen 92

a) Beschränkung auf die Fälle verspäteter Akteneinsicht (Pentz, Kaiser, Goedel) ? 92

Seite

b) Die abschließende Sachentscheidung des Revisionsgerichts als Zulässigkeitsgrenze des Nachholens einzelner Rügen ? 96

aa) Die Auffassung der herrschenden Meinung 96

bb) Stellungnahme unter dem Gesichtspunkt des Rechtseinheitszweckes der Revision 97

IV. Endergebnis 101

V. Vergleichender Überblick über den entsprechenden Streitstand im Zivil- und Verwaltungsprozeßrecht 102

VI. Gesetzesvorschlag 104

F. Drittverschulden iRd § 44 StPO 106

I. Amtliches Verschulden 107

1. Post und Beförderung 107
2. Behörden allgemein 108
3. Urkundsbeamte 108
4. Haftanstalten 109
5. Zusammenfassung 109

II. Anwaltliches Verschulden 111

1. Rechtshistorische Entwicklung 111
2. Mitverschulden des Angeklagten 114

a) BGH = NJW 1973, 1138 115

b) Kritik 117

Seite

c) Mitverschulden des Angeklagten, wenn der Verteidiger einen Verfahrensmangel nicht entdeckt (Wendisch) ? 122

aa) Gesichtspunkt des Mitverschuldens 122

bb) Gesichtspunkt der Verwirkung 123

G. Können der Privatkläger, der Nebenkläger, der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren sowie der Antragsteller im Adhäsionsverfahren Wiedereinsetzung bei schuldhafter Fristversäumung ihrer Prozeßvertreter beanspruchen ? 127

I. Überblick über den Streitstand und und dessen geschichtliche Entwicklung 127

II. Untersuchung der herrschenden Meinung 129

1. Die Auslegungsmethode 129

2. Vermischung von Auslegung und Analogie 130

3. Die These von § 85 Abs.2 ZPO als einem allgemeingültigen Rechtsgedanken 131

a) Überprüfung dieser These anhand anderer Verfahrensordnungen 131

b) Übertragbarkeit des gesetzgeberischen Grundgedankens des § 85 Abs.2 ZPO auf das Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren 135

aa) Lockerung der Fristenwahrung 136

bb) Verlagerung des Prozeßrisikos 138

Seite

4. Zusammenfassung 138

5. Der Gedanke der Analogie zu § 85 Abs.2 ZPO 139

a) Privatklageverfahren 139

aa) Die These von der engen Verwandtschaft zwischen Privatklage und Zivilprozeß 139

bb) Gegenmeinung 140

cc) Eigene Stellungnahme 141

(1) Der originäre Anwendungsbereich des § 85 Abs.2 ZPO 141

(a) Die Auffassung des BVerfG 141

(b) Kritik (dissenting vote v. Schlabrendorff) 142

(2) Meinungsstand bezüglich der Frage der Parteieigenschaft des Privatklägers 148

(3) Parteibegriff im Offizialverfahren 148

(4) Parteibegriff im Privatklageverfahren 150

(a) § 380 Abs.4 151

(b) Vergleich 151

(c) § 388 (Widerklage) 155

(5) Die Auffassung Roxins 156

dd) Zusammenfassung 157

Seite

ee) Die Interessenlage des Privatklägers im Vergleich mit der Interessenlage des Zivilprozeßklägers 158

(1) Keine Vergleichsmöglichkeit zwischen Interessenlage des Privatklägers und Interessenlage des Angeklagten 158

(2) Das Tätigwerden des Privatklägers in privatem Interesse (überkommene Auffassung) 158

(3) Das Tätigwerden des Privatklägers im öffentlichen Interesse 159

b) Nebenklageverfahren 160

aa) Keine Gleichstellung des Nebenklägers mit dem Privatkläger aufgrund § 397 StPO 160

bb) Die Struktur des Nebenklageverfahrens im Vergleich zur Struktur der ZPO 162

cc) Vergleich der Interessenlage von Nebenkläger und Zivilprozeßkläger 163

c) Klageerzwingungsverfahren 164

d) Die innere Berechtigung des § 85 Abs.2 ZPO und Zusammenfassung

III. Analogie zu § 85 Abs. 2 ZPO im Adhäsionsverfahren 167

1. Vergleich der Struktur des Adhäsionsverfahrens mit der des Zivilprozesses 169

a) Herrschende Meinung 170

b) Mindermeinung 170

Seite

c) Eigene Stellungnahme 171

aa) Auswirkungen der Verhandlungsmaxime auf den Adhäsionsprozeß 171

bb) Auswirkungen der Dispositionsmaxime 172

2. Vergleich der Interessenlage des Adhäsionsklägers mit der des Zivilprozeßklägers 175

IV. Endergebnis 176

Literaturverzeichnis

Arndt	"Vergleiche" in Strafsachen, NJW 1962, 783 ff.
Bader	Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Rechtspflege, NJW 1949, 737 ff.
Baumbach/Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 38. Aufl., München 1980 und 32. Aufl., München 1974
Beling	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928
Berkemann	Anwaltsverschulden bei Rechtsmitteleinlegung in Statussachen, FamRZ 1974, 294 ff.
Bennecke/Beling	Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1900
Bierling	Strafrechtsverhältnis und Strafprozeßverhältnis, ZStW 10, 251 ff.
Binding	Grundriss des Deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1904
Birkemeyer	Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1908
Börtzler	Die Fertigstellung des Protokolls über die Hauptverhandlung, MDR 1972, 185 ff.
Bosch	Anmerkung zur dissenting vote zu BVerfGE 35, 41 ff., FamRZ 1973, 449
Bruns	Neue Wiedereinsetzungsmöglichkeiten im Zivilprozeß ? JZ 1968, 456 ff.
Brückner	Strafantragsfrist (§61), NJW 1954, 1717
Dahs/Dahs	Die Revision im Strafprozeß, München 1972
Dahs	Die Wiedereinsetzung im Strafprozeß in der Krise, AnwBl 1973, 331 ff.
Dalcke	Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl. Berlin 1955
Dalcke/Fuhrmann/ Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. Berlin 1961

Delius	Neue Beiträge zur Auslegung des § 170 StPO, GA 43, 177 ff.
Dencker	Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme im Strafprozeß, Bonn 1972
Dittmar	Das Verschulden des Angeklagten und des Verteidigers bei der Wiedereinsetzung im Strafprozeß, MDR 1975,270ff.
Dohna, Graf zu	Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1929
Dürwanger	Handbuch des Privatklagerechts, Darmstadt 1971
Ewald	Schuld des Verteidigers als unabwendbarer Zufall. Zu § 44 St.Proz.O., GA 36, 80 ff.
Feisenberger	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin und Leipzig 1926
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931
Friedrichs	Anmerkung zu Nr. 5 B, JW 1930, 546
Fuhrmann	Verwirkung des Rügerechts bei nicht beanstandeten Verfahrensverletzungen des Vorsitzenden (§ 238 Abs.2 StPO) ? NJW 1963, 1230 ff.
Geppert	Gedanken zur Rechtskraft und Beseitigung strafprozessualer Beschlüsse, GA 72, 165 ff.
Gerland	Der Deutsche Strafprozess, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
ders.	Die systematische Stellung des Privatklageverfahrens im Strafproceß, GS 60, 157 ff.
Goedel	Kann im Strafverfahren die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachbringung von Revisionsrügen beansprucht werden ? JW 1938, 496 f.

Goldschmidt	Die Kritiker der Strafprozeßentwürfe, ZStW 41, 569 ff.
Grau	Die dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29.5.1943, DJ 1943, 331 ff.
Hahn	Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, Band 3, 1. und 2. Abteilung, Berlin 1881
ders.	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, Band 2, 1. Abteilung, Berlin 1880
Hartung	Die Kosten des Verfahrens beim Vergleich in Privatklagesachen, DRiZ 1953, 225
Henkel	Strafverfahrensrecht, 3. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
ders.	Die Beteiligung des Verletzten am künftigen Strafverfahren, ZStW 56, 227 ff.
v. Hippel	Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, ZStW 41, 2 ff.
v. Holst	Der Adhäsionsprozeß, Dissertation, Hamburg 1969
Janknecht	Anmerkung zu BGH = NJW 1973, 1138 in NJW 1973, 1890 f.
Jescheck	Anmerkung zu OLG Bremen = GA 1953, 87 in GA 1953, 88
Johannsen	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Rechtsprechung des BGH, NJW 1952, 525
John	Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1. Band, Erlangen 1884
Jonas	Zu Nr. 8, JW 1932, 1350
Kaiser	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beim Nachschieben von Verfahrensrügen (§§ 344, 345 StPO), NJW 1975, 338 ff.

Kalthoener	Probleme aus dem strafprozessualen Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Berlin 1957
Kern	Die Äußerungsdelikte, Tübingen 1919
ders.	Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., München 1965 und 11. Aufl., München 1972
Kleinknecht	Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 34. Aufl., München 1979
KMR	(Müller/Sax), Kommentar zur Strafprozeßordnung, zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Ordnungswidrigkeitengesetz, Band 1, 6. Aufl., Darmstadt 1966
Köhler	Die Lehre von der Vertheidigung nach der Reichsstrafproceßordnung, GS 53, 323 ff.
Kohlhaas	Keine Wiedereinsetzung in Strafsachen bei Nichteinhaltung der eigentlichen Revisionsbegründungsfrist nach Erhebung der allgemeinen Sachrüge ? NJW 1955,742
ders.	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für Privat- und Nebenkläger bei Verschulden des Anwalts ? NJW 1967, 191
v. Kries	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i.B. 1892
Kühler	Entschädigung des Verletzten in der Rechtspflege, ZStW 71, 617
Kühne	Strafprozeßlehre, Kehl am Rhein und Straßburg 1978
Larenz	Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979
Löbbecke	Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Dissertation, Nürnberg 1972

Löwe/Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 23. Aufl., 1. Band, Berlin, New York, 1976 2. Band, Berlin, New York, 1978 3. Band, Berlin, New York, 1978 4. Band, Berlin, New York, 1978 sowie 20. Aufl., Berlin 1958 17. Aufl., Berlin und Leipzig 1927 12. Aufl., Berlin 1907
Löwenheim	Zur Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Verschulden des Rechtsanwalts, NJW 1947/48, 516
Mannheim	Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925
ders.	Anmerkung zu RG = JW 1928, 2718 Nr. 17 in JW 1928, 2718
Meyer, H.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9. Aufl., Leipzig 1934
Meyer	Anmerkung zu BGH - 5 StR 713/78 in JR 1980, 219 f.
Müller	Der Vergleich in Privatklagesachen, DRiZ 1954, 51
Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927
Pentz	Wiedereinsetzung im Rahmen von § 346 StPO, NJW 1962, 1236 ff.
ders.	Zur Auslegung des § 377 Abs.2 StPO, MDR 1965, 885
ders.	Wiedereinsetzung bei Versäumung der Frist zur Revisionsbegründung (§ 554 ZPO), ZZP 76, 183 ff.

Pestalozza	Die römisch - rechtlichen Grundlagen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im heutigen Strafverfahren, Dissertation, Berlin 1939
Peters	Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlruhe 1966
ders.	Buchbesprechung (Baumbach/Lauterbach, 32. Aufl.) in FamRZ 1975, 121 (122)
ders.	Anmerkung zu BGH = NJW 1973, 1138 in NJW 1973, 471 f.
ders.	Tat-, Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz, ZStW 57, 66ff.
Petersen	Nachtrag zu § 232 II ZPO, in : Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, S. 237 ff. (Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz 1961)
Pohle	Revision und neues Strafrecht , Leipzig 1930
Poppe	Die Bewilligung des Armenrechts im Klageerzwingungsverfahren, NJW 1953, 1500 f.
Radbruch	Der Mensch im Recht, Göttingen 1957
Redeker/v. Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl., Stuttgart 1978
Rilk	Zu Nr. 21, JW 1934, 172 f.
Rosenberg	Anmerkung zu OLG Hamburg = JZ 1953,308 in JZ 1953, 310
Rosenberg/Schwab	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München 1977
Rosenfeld	Der Reichsstrafprozeß, 4. und 5. Aufl., Berlin 1912
Roxin	Strafverfahrensrecht, 16. Aufl., München 1980

Rutkowsky	in NJW 1953, 38, Anm. zu OLG Hamburg, aaO.
ders.	in NJW 1962, 1530, Anm. zu OLG München, aaO.
ders.	in NJW 1964, 1533, Anm. zu OLG Düsseldorf aaO.
Sarstedt	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962
ders.	in JR 1960, 146, Anm. zu BayObLG = JR 1960, 145
ders.	Anmerkung zu BayObLG - 2 St 668/54 in JR 1955, 28
ders.	Nochmals : Die verspätete Verfahrensrüge, NJW 1968, 925
Sauer	Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919
Schaper	Zu Nr. 19, NJW 1962, 1357
Scheffler	Erleichterung der Wiedereinsetzung ? NJW 1964, 993 ff.
Schmid	Die "Verwirkung" von Verfahrensrügen, Frankfurt 1967
Schmidt, Eb.	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964 Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen 1957 Nachtragsband I: Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, Göttingen 1967
Schmidt, H.W.	Verschulden des Vertreters des Privat-, Nebenklägers und des Antragstellers nach § 172 Abs.2, 3 StPO als unabwendbarer Zufall ? MDR 1963, 638 ff.

Schneidewin	Fehlerhafte Revisionsbegründungen in Strafsachen, JW 1923, 345
Scholz	Erweiterung des Adhäsionsverfahrens - rechtliche Forderung oder rechtspolitischer Irrweg ? JZ 1972, 725
Schönke	in JZ 1952, 431, Anm. zu BayObLG - JZ 1952, 429
ders.	Einige Bemerkungen über den Adhäsionsprozeß, DRiZ 1949, 121
Schönke/Schröder	Strafgesetzbuch, 20. Aufl., München 1980
Schwarz	Strafprozeßordnung, Kommentar, 18. Aufl., München und Berlin 1955
v. Schwarze	Commentar zur Deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1878
Schweling	Die verspätete Verfahrensrüge, NJW 1968, 535
Schwinge	Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1960
Siegel	Darf im Strafprocesse dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgegeben werden, wenn die Versäumung in einer Verschuldung des bevollmächtigten Rechtsanwalts ihren Grund hat ? GS 42, 277 ff.
Sommer	Zur Anwendung des Entschädigungsverfahrens im Strafprozeß, DR 1944, 475
Stein/Jonas/Schönke	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Erster und Zweiter Band, Tübingen 1972
Stenglein	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Stuttgart 1887
Stephan	Rechtsschutzbedürfnis auch im Strafprozeß ? NJW 1966, 2394 f.
Thomas/Putzo	Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., München 1981
Töwe	Der Strafantrag, GS 112, 22 ff.

Ullmann	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893
Walther	Verwirkung von Verfahrensrügen ? Ein Beitrag zum strafprozessualen Revisionsrecht. Dissertation, Münster 1960
Warda	Um die Rechtsmittelbelehrung im Strafprozeß, MDR 1957, 717
Weber	Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289 ff.
Willms	Vorsorgliche Begründung der Revision, NJW 1965, 2334
Wolff	Verwirken der Verfahrensrüge durch den Angeklagten, NJW 1953, 1656
Zeiss	Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Tübingen 1980

Abkürzungsverzeichnis

BAG	= Bundesarbeitsgericht
BPatG	= Bundespatentgericht
BSG	= Bundessozialgericht
BT	= Bundestag
DAVorm	= Der Amtsvormund (Zeitschrift)
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DStr	= Deutsches Strafrecht (Zeitschrift)
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht
GeschmMG	= Geschmacksmustergesetz
GebrMG	= Gebrauchsmustergesetz
GS	= Der Gerichtssaal
HESt	= Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	= Juristische Rundschau
JMinBl NRW	= Justizministerialblatt von Nordrhein-Westfalen
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LAG	= Landesarbeitsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Rpfl	= Der Rechtspfleger (Zeitschrift)
SchlHA	= Schleswig Holsteinische Anzeigen
StVRG	= Strafverfahrensreformgesetz
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
WZG	= Warenzeichengesetz
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Teil

Einleitung

Das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44 ff. StPO) nimmt in der gerichtlichen Praxis einen wichtigen Platz ein, wie eine Fülle von Entscheidungen beweist. Obwohl eine Reihe davon genug wissenschaftlichen Zündstoff enthält, hat die strafprozessuale Literatur den Wiedereinsetzungsfragen seit jeher vergleichsweise wenig Beachtung geschenkt. Abgesehen von den im Umfange naturgemäß beschränkten Stellungnahmen der Lehrbücher und Kommentare existieren nur einige wenige Aufsätze. Die einzige Monographie (Kalthoener, Probleme aus dem strafprozessualen Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), die diverse Probleme aus dem Wiedereinsetzungsrecht zusammenstellt und erörtert, ist bereits in wesentlichen Teilen überholt, da sie aus dem Jahre 1957 stammt.

Die vorliegende Arbeit hat sich die Untersuchung der wichtigsten noch ungelösten Problemkreise des Wiedereinsetzungsrechts zur Aufgabe gesetzt. Zwar hat das 1. Strafverfahrensreformgesetz vom 9.12.1974 die Wiedereinsetzungsvorschriften novelliert, dabei jedoch die entscheidenden Streitfragen offen und somit Raum für die folgenden Erörterungen gelassen.

2. Teil

A. Geschichtliche Entwicklung der Wiedereinsetzung

I. Die strafprozessuale Wiedereinsetzung hat ihre Wurzel im römischen Recht. Während noch in der älteren römischen Rechtsgeschichte Hinweise auf dieses Rechtsinstitut fehlen, ist die Wiedereinsetzung für die Kaiserzeit belegt [1].

Bereits das römische Strafprozeßrecht unterschied zwischen der Wiedereinsetzung gegen Terminversäumnis und Fristversäumnis. Die erstere wurde insbesondere als Rechtsbehelf gegen Abwesenheitsurteile gewährt (sog. integrum restitutio). Die Wiedereinsetzung gegen Fristversäumnis gewann Bedeutung, als - entsprechend dem römischen Zivilverfahren - auch im Strafprozeß eine Frist für die Einlegung eines Rechtsmittels bestimmt wurde. Bei Versäumung dieser Frist ging das Rechtsmittel zunächst verloren. Jedoch konnte der Verlust durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder rückgängig gemacht werden, wenn der Antragsteller ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war.

Die Erkenntnis der römischen Juristen, mit der Wiedereinsetzung ein Instrument des Ausgleichs zwischen formalem Recht und Gerechtigkeit geschaffen zu haben, konnte sich in der

1) Ausführlich dazu Pestalozza, Die römisch-rechtlichen Grundlagen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im heutigen Strafverfahren, S. 64 ff.

Folgezeit nicht durchsetzen. So war dem älteren germanischen Recht die Wiedereinsetzung unbekannt. [1] Ebenso sah das bedeutendste gemeinrechtliche Gesetzeswerk auf dem Gebiete des Strafrechts, die CCC, eine Wiedereinsetzung nicht vor. [2] Erst durch die Partikulargesetzgebung des 19. Jahrhunderts ist das Wiedereinsetzungsrecht neu belebt worden, so in Braunschweig [3] und in Preußen [4].

II. Als Nachbildung der zivilprozessualen Wiedereinsetzung [5] fand das Rechtsinstitut dann auch mit den §§ 44 ff. Eingang in die StPO von 1871. Nach der ursprünglichen Fassung des § 44 [6] konnte bei Fristversäumung Wiedereinsetzung beansprucht werden, wenn der Antragsteller "durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" an der Einhaltung der Frist verhindert war. Die seit dem 1.1.1975 aufgrund des 1. StVRG in Kraft befindliche Neufassung des § 44 stellt darauf ab, ob der Antragsteller an der Einhaltung der Frist "ohne Verschulden" verhindert war. Damit hat der Gesetzgeber aber lediglich der seit langem in Wissenschaft und Praxis bestehenden Übung Rechnung

1) Pestalozza, a.a.O., S. 68
2) Pestalozza, S. 70
3) StPO von 1849, §§ 173 und 174
4) Gesetz 1852, Art. 130
5) Motive zur StPO, Hahn, S. 97
6) Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO

getragen, das Merkmal des unabwendbaren Zufalls am Verschulden zu messen [1]. Darüber hinaus war dem Gesetzgeber an einer stärkeren Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahren gelegen [2], da die meisten Verfahrensordnungen auf das Verschulden des Antragstellers abstellen (z.B. §§ 60 VwGO, 67 SGG, 56 FGO).

Aufgrund des ebenfalls neugefaßten § 45 Abs. 2 kann nunmehr Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden (§ 45 Abs. 2 S. 3). § 45 Abs. 2 S. 3 bezieht sich allerdings nur auf die formelle Voraussetzung der Antragstellung, alle übrigen Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 müssen vorliegen. Ist dies nicht der Fall, kann Wiedereinsetzung nicht gewährt werden. Es muß aus dem Inhalt der Nachholung der versäumten Handlung auf den eindeutigen Willen geschlossen werden können, die Prozeßhandlung (= Wiedereinsetzungsantrag) vorzunehmen, und es muß weiterhin das Unverschulden offensichtlich sein [3]. Dann wird die Antragstellung fingiert. Mit diesen Einschränkungen kann die zur bisherigen Rechtslage geführte Diskussion über die Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung von Amts wegen [4] als gegenstandslos betrachtet werden.

1) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 4, Eb. Schmidt, Teil II, § 44, Anm. II. 1

2) Amtliche Begründung der Bundesregierung, BT-Drucksache 7/551

3) Vgl. die eingehende Erörterung bei Kalthoener, S. 101 ff.

4) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 45 Rdnr. 37; Kleinknecht, § 45, Rdnr. 15

B. Zweck und Rechtswirkungen der Wiedereinsetzung

1. Über Sinn und Zweck der Wiedereinsetzung gibt bereits die Entstehungsgeschichte des Rechtsinstituts Aufschluß. In den Motiven zur ZPO [1] heißt es auf S. 139: "Die Wiedereinsetzung bezweckt, die Folgen der Versäumnis einer Nothfrist zu beseitigen und die Anfechtung einer durch Ablauf der Nothfrist rechtskräftig gewordenen Entscheidung zu ermöglichen." Die danach in der Beseitigung von Säumnisfolgen liegende Zweckrichtung der zivilprozessualen Wiedereinsetzung läßt sich allerdings nicht allein auf die in den Motiven angesprochenen Fälle der Versäumung von Notfristen [2] beschränken. In der

1) Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, Band 2, 1. Abteilung

2) Die ZPO unterscheidet zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen, deren Dauer der Richter bemißt. Die gesetzlichen Fristen sind entweder die gewöhnlichen Fristen oder die Notfristen. Notfristen sind nur Fristen, die das Gesetz nach Maßgabe des § 223 Abs.3 ZPO als solche ausdrücklich bezeichnet, wie z.B. die Frist des § 577 Abs.2 ZPO. Die Besonderheit der Notfristen besteht darin, daß sie - anders als die gewöhnlichen gesetzlichen Fristen (z.B. § 134 Abs.2 ZPO) - gem. § 224 Abs.2 ZPO nicht verkürzt oder verlängert werden dürfen. Zum Ganzen vgl. Baumbach/Lauterbach, § 223, 3.

Die StPO unterscheidet zwar auch zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen, nicht aber zwischen gewöhnlichen gesetzlichen Fristen und Notfristen. Jedoch sind alle den Beteiligten von der StPO gesetzten Fristen sachlich Notfristen, da sie vom Gericht nicht verlängert oder verkürzt werden können (Roxin, § 22, V, B).

später Gesetz gewordenen zentralen Wiedereinsetzungsvorschrift des § 233 ZPO sind ausdrücklich auch die Rechtsmittelfristen genannt, gegen deren Versäumung Wiedereinsetzung zulässig ist; auch dort tritt nach Fristablauf Rechtskraft ein, die es über die Wiedereinsetzung zu beseitigen gilt. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß Sinn und Zweck der Wiedereinsetzung in der Beseitigung der durch Fristversäumung erwachsenen Rechtsnachteile liegt.

Die strafprozessuale Wiedereinsetzung ist dem Muster der ZPO nachgebildet worden [1]. Es ist deshalb zu Recht allgemein anerkannt, daß auch die Zielbestimmung der Wiedereinsetzung im Strafprozeß die gleiche ist wie im Zivilprozeß. So hat z. B. bereits das RG [2] ausgeführt, die Beseitigung der durch die Fristversäumnis entstandenen nachteiligen Rechtsfolge sei Ziel des Wiedereinsetzungsgesuchs. Diese Auffassung findet auch in der Literatur ungeteilte Zustimmung [3].

1) Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, Band 3, 1. Abteilung, S. 98
2) RGSt 53, 288
3) Vgl. etwa Kleinknecht, Rdnr. 16 vor § 42; Eb. Schmidt, Teil II, § 44 I

II. Durch welche rechtliche Konstruktion die eben beschriebene Zielbestimmung der Wiedereinsetzung am ehesten erreicht werden kann, ist insbesondere im Zusammenhang mit der Frage erörtert worden, ob die Wiedereinsetzung eine bereits eingetretene Rechtskraft überwinden kann.

1. Nach ganz überwiegender Auffassung soll durch die Gewährung der Wiedereinsetzung das Verfahren in die Lage vor Fristversäumung zurückversetzt werden, wobei prozessuale Ereignisse, die infolge der Fristversäumung eingetreten sind, wegfallen [1],
ist als Folge der Fristversäumung Rechtskraft eingetreten, so soll auch diese beseitigt werden können. Wegbereiter dieser Auffassung ist RGSt 53, 286.

1) Vorteile, die der Säumige vor der Säumnis nicht hatte, räumt die Wiedereinsetzung nicht ein (OLG Hamm = NJW 1972, 2097).

Die Ausführungen, die das RG an der entscheidenden Stelle macht (S. 288), sollen wegen ihrer Klarheit und Überzeugungskraft hier wiedergegeben werden:

> "Die Wiedereinsetzung ist der außerordentliche Rechtsbehelf, den das Gesetz mit der Macht ausgestattet hat, das Verfahren in einen Abschnitt vor die Fristversäumung zurückzuversetzen und ihm einen anderen Verlauf zu geben als den, den es infolge der Fristversäumung und nach ihr genommen hat. Wenn daher der Zeitpunkt der Versäumung vor der Rechtskraft eines Urteils liegt, so wird das Verfahren in diesen Zeitpunkt zurückversetzt. Insoweit hat die Wiedereinsetzung kraft Gesetzes die Macht, über die Rechtskraft hinwegzugehen. Dies ist in den Fällen, in denen die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung von Rechtsmittelfristen nachgesucht wird, gerade die mit der Fristversäumung gesetzlich verbundene nachteilige Rechtsfolge, deren Eintritt Voraussetzung des Wiedereinsetzungsgesuchs und deren Beseitigung das Ziel der Wiedereinsetzung ist. Es erscheint daher als eine Umkehr des wirklichen Verhältnisses, wenn aus der Rechtskraft, die der Wiedereinsetzung zu weichen hat, ein Grund gegen die Zulassung des Wiedereinsetzungsgesuchs hergeleitet wird."

Die obige Entscheidung ist zu einem Fall des § 386 Abs.1 alter Fassung ergangen (heute § 346 Abs.2) ; später ist diese Rechtsprechung dann auch auf den Fall des § 389 alter Fassung (heute § 349 Abs.1) ausgedehnt worden. [1)]

1) RGSt 67, 199

Die Literatur hat sich ganz überwiegend der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen; dabei hat sie sich entweder an die Begründung des RG angelehnt [1] oder sich einer ausdrücklichen Begründung ganz versagt [2].

2. Daß die Wiedereinsetzung die durch Fristversäumung eingetretenen Folgen einschließlich einer bereits eingetretenen Rechtskraft überwinden kann, meinen auch Kalthoener [3] und Sax [4]. Sie stimmen zwar mit der überwiegenden Meinung im Ergebnis völlig überein, beschreiten jedoch einen anderen konstruktiven Weg. Kalthoener meint, es handele sich bei der Gewährung der Wiedereinsetzung primär um die gerichtliche Erklärung der Zulässigkeit einer unzulässigen

1) KMR, § 44, Anm.1, sowie § 349, Anm. 4 c; Schaper in NJW 1962, 1357 (1358); Geppert in GA 1972, 165 (176); Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 20, sowie § 46, Rdnr. 12

2) Henkel, S. 262; Roxin, § 22 V B; Eb. Schmidt, § 44, Anm. 1; Peters, S. 432, 433

3) S. 18, 19 und 57

4) KMR, § 44, Anm. 1

Prozeßhandlung [1]. Im Gegensatz zur Zurückversetzungstheorie soll die Zurückversetzung selbst nicht Gegenstand des Richterspruchs sein, und die Wirksamkeit der nachgeholten Prozeßhandlung nicht Folge der Zurückversetzung. Vielmehr soll umgekehrt die Zurückversetzung notwendige Folge der richterlichen Erklärung sein, daß die nachgeholte Prozeßhandlung zulässig sei. Die Folgen der Fristversäumung sollen "ipso iure" nach dem Richterspruch wegfallen.

3. Nach einer früher vertretenen Ansicht soll die bloße Existenz von Wiedereinsetzungsgründen den Fristenlauf und den Eintritt der Rechtskraft hemmen [2]. Einer Beseitigung nachteiliger Folgen der Fristversäumnis bedarf es danach nicht. Die Rechtskraft soll offenbar erst und nur mit einer die Wiedereinsetzung versagenden Entscheidung eintreten. Mit Recht hat Kalthoener [3] diese Auffassung abgelehnt: Gegen sie spricht in erster Linie die Vorschrift des § 47, wonach das Wiedereinsetzungsgesuch den Eintritt der Rechtskraft nicht hemmen kann. Zum anderen folgt aus § 449, daß die Vollstreckung eines nur scheinbar rechtskräftigen Urteils rechtswidrig, also unter Umständen Freiheitsberaubung wäre. Um dieser Gefahr

1) Kalthoener nennt seine Auffassung "Zulassungstheorie".

2) Bennecke/Beling, S. 406 und ebenda, Fn. 3; ähnlich - für den Bereich des Zivilrechts - BGHZ 8, 284 (286), wo davon die Rede ist, daß eine "Scheinrechtskraft" eintrete, solange Wiedereinsetzungsgründe existent seien.

3) S. 14

zu begegnen, müßte die Vollstreckungsbehörde in jedem Fall von Amts wegen nach Wiedereinsetzungsgründen forschen, eine Aufgabe, die die Vollstreckungsbehörde kaum bewältigen könnte.

4. Zustimmung verdient daher allein die Zurückversetzungstheorie, wonach die Wiedereinsetzung alle durch die Säumnis erwachsenen Rechtsnachteile - einschließlich einer bereits eingetretenen Rechtskraft - beseitigen kann. Dabei mag die rein konstruktive Frage offen bleiben, ob man mit der überwiegenden Ansicht davon ausgeht, die Zurückversetzung selbst sei Gegenstand des Richterspruchs, oder ob man mit Kalthoener und Sax die Zurückversetzung als notwendige Folge der richterlichen Erklärung betrachtet, daß die nachgeholte Prozeßhandlung zulässig sei [1].

1) In der zivilprozeßrechtlichen Literatur sind noch weitere Theorien über die Rechtswirkungen der Wiedereinsetzung entwickelt worden. So ist früher zum Teil vertreten worden, durch die Wiedereinsetzungsentscheidung werde die versäumte Frist bis zu dem Zeitpunkt verlängert, in dem die versäumte Handlung nachgeholt worden sei (RG Warn 1920 Nr.63; Oberstes Arbeitsgericht Rheinland - Pfalz in BB 1950, 24 Nr.90; Friedrichs in JW 1930, 546 zu Nr. 5 B). Gegen diese Auffassung spricht die systematische Stellung der Wiedereinsetzung in der ZPO. Die Verlängerung richterlicher und gesetzlicher Fristen ist in den §§ 224, 225 ZPO behandelt. Dort ist die Wiedereinsetzung nicht aufgeführt. Sie wird vielmehr in einem besonderen Abschnitt geregelt (vgl. auch Kalthoener, S. 12). Eine andere Lehre (Stein/Jonas, Anm. 3 zu § 233 ZPO) meint, die Wiedereinsetzung bestehe in der Feststellung, daß die nachgeholte Prozeßhandlung noch als fristgerecht zu wirken hat. Diese - von Kalthoener als "Feststellungstheorie" bezeichnete-Ansicht ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, da sie nicht zu erklären vermag, wie die Rechtskraft oder andere nachteilige Folgen einer Fristversäumung beseitigt werden sollen.

C. Stellung der Wiedereinsetzung im Rechtsbehelfssystem der StPO

Die Wiedereinsetzung zählt nach allgemeiner Ansicht [1] nicht zu den Rechtsbehelfen im engeren Sinne, den Rechtsmitteln (Berufung, Revision, Beschwerde), sondern zu den Rechtsbehelfen im weiteren Sinne, die im Gegensatz zu den Rechtsmitteln nicht auf die unmittelbare Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung abzielen [2].

1) Für alle Wendisch in Löwe/Rosenberg, vor § 42, Rdnr. 28

2) Hierzu gehören des weiteren der Einspruch gegen den Strafbefehl (§ 411), der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 172 Abs. 2, oder z.B. die Anträge auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 161 a Abs. 3, 163 a Abs. 3 S. 2, 111 l Abs. 6, 458, nach §§ 23 und 37 EGGVG, 109 StVollzugsO, 62 OWiG, der Antrag auf Nachverfahren (§ 439), die sog. informellen Rechtsbehelfe (Gegenvorstellung und Dienstaufsichtsbeschwerde), sowie die Wiederaufnahme gem. §§ 359 ff. Eine Ausnahme bildet in dieser Gruppe die Wiederaufnahme, die kein Rechtsmittel ist, für die aber kraft ausdrücklicher Verweisung des § 365 die Rechtsmittelvorschriften der §§ 296 ff anwendbar sind.

Nach Kleinknecht [1] soll die Wiedereinsetzung deshalb nicht zu den Rechtsmitteln zählen, weil ihr nicht die für alle Rechtsmittel typische Devolutivwirkung [2] anhafte. Dieses Abgrenzungskriterium kann jedoch nicht völlig überzeugen. Zwar haben Rechtsbehelfe, die keine Rechtsmittel sind, normalerweise keinen Devolutiveffekt. So wird z.B. durch den Einspruch gegen den Strafbefehl oder den Bußgeldbescheid der Instanzenzug überhaupt erst eröffnet. Bei der Wiederaufnahme des Verfahrens entscheidet ein der Vorinstanz gleichgeordnetes Gericht mit lediglich anderer örtlicher Zuständigkeit (§ 140 a GVG). Die Wiedereinsetzung stellt jedoch wegen ihrer Akzessorietät zu einer anderen prozessualen Handlung einen Sonderfall dar. Ist die Wiedereinsetzung nämlich mit einer Rechtsmitteleinlegung verbunden - dem in der Praxis häufigsten Fall - , so läuft das Wiedereinsetzungsverfahren mit dem Rechtsmittelverfahren parallel [3]. Gem. § 45 Abs. 1 ist das Gesuch dort anzubringen, wo die Frist wahrzunehmen gewesen wäre, also beim iudex a quo. Die Entscheidung über das Gesuch obliegt gem. § 46 Abs. 1 demjenigen Gericht, das bei rechtzeitiger Prozeßhandlung zur Entscheidung in der Sache selbst berufen gewesen wäre, also dem iudex ad quem. Eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung von Rechtsmittelfristen besitzt demnach sehr wohl Devolutivwirkung. Die Begründung

1) Rdnr. 17 vor § 42

2) Von Devolutivwirkung wird gesprochen, wenn über einen prozessualen Antrag die nächsthöhere Instanz zu entscheiden hat.

3) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 46, Rdnr. 3

Kleinknechts trifft jedenfalls auf den vorgenannten Fall nicht zu.

Daraus nun allerdings zu folgern, die Wiedereinsetzung zähle zu den Rechtsmitteln, wäre verfehlt. Soweit es nicht um die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung von Rechtsmittelfristen geht, ist Kleinknecht zuzustimmen, daß die Wiedereinsetzung keinen Devolutiveffekt besitzt. So ist z.B. bei Versäumung der Frist des § 172 Abs. 2 S. 1 das Oberlandesgericht das zur Entgegennahme und gleichzeitig auch das zur Entscheidung über den Antrag befugte Gericht. Bei Versäumung der Frist des § 439 Abs. 2 S. 1 ist das Gericht des 1. Rechtszuges (§ 441 Abs. 1 S. 1) das zur Entgegennahme und Entscheidung über den Antrag befugte Gericht. Darüber hinaus spricht gegen die Einordnung der Wiedereinsetzung als Rechtsmittel der Umstand, daß das Wiedereinsetzungsgesuch nach Maßgabe des § 47 - anders als die Rechtsmittel der Berufung und Revision (§§ 316, 343) - über keine Suspensivwirkung verfügt.

Mit der herrschenden Lehre ist somit davon auszugehen, daß die Wiedereinsetzung zu den Rechtsbehelfen im weiteren Sinne zu rechnen ist.

Da die Wiedereinsetzung rechtskraftüberwindende Wirkung hat, erscheint es nicht übertrieben, sie mit einem Teil der Lehre [1] als "außerordentlichen" Rechtsbehelf zu definieren.

1) Peters, § 52, A II. 2; Wendisch in Löwe/Rosenberg, vor § 42, Rdnr. 28; Sax in KMR, Anm. 1a zu § 44

D. Die verfassungsrechtliche Funktion der Wiedereinsetzung

I. Art. 19 Abs.4 GG garantiert dem Bürger, gegen den eine Verwaltungsbehörde einen Bußgeldbescheid erläßt, diesen belastenden Verwaltungsakt gerichtlich überprüfen zu lassen [1]. Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) sieht hierfür den Einspruch vor, § 67 OWiG. Er ist gem. § 67 S.1 OWiG innerhalb einer Woche nach Zustellung des Bußgeldbescheides einzulegen. Wird diese Frist versäumt, so hängt die Möglichkeit, den in Art. 19 Abs.4 gewährleisteten Rechtsschutz durch eine richterliche Entscheidung in der Sache zu erhalten, davon ab, daß dem Betroffenen gegen die Fristversäumung Wiedereinsetzung gegeben wird.

Art. 19 Abs.4 GG garantiert aber - neben dem formellen Recht und der theoretischen Möglichkeit, die Gerichte anzurufen - auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle [2]. Eröffnet deshalb der Gesetzgeber in einer Verfahrensordnung einen Instanzenzug - wie etwa mit dem Einspruch gegen den Strafbefehl, § 411 Abs.1 i.V.m. § 409 Nr.7 - so darf der Zugang zur ersten und jeweils nächsten Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden [3].

1) BVerfGE 27, 18(33 ff.)
2) BVerfGE 35, 263(274); 37, 93(96); 37, 150(153)
3) BVerfGE 41, 23(26) und Beschluß des BVerfG vom 29. Oktober 1975 - 2 BvR 630/73, zitiert in BVerfGE 41, 26

Dies ist - bei Versäumung der Einspruchsfrist gegen den Strafbefehl - im Rahmen der Wiedereinsetzung zu berücksichtigen, von deren Gewährung es abhängt, ob der Antragsteller seinen Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle durchsetzen kann.

Mit dem Gesuch auf Wiedereinsetzung ist gleichzeitig der versäumte Einspruch nachzuholen. Der Einspruch zielt sowohl im Bußgeld - als auch im Strafbefehlsverfahren auf eine vollständige richterliche Überprüfung der Vorentscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Die Wiedereinsetzung ist damit in beiden Verfahren die letzte Möglichkeit für den Betroffenen, in der Sache selbst vom Richter gehört zu werden und so rechtliches Gehör im Sinne von Art. 103 Abs. 1 GG zu erhalten [1].

Da in diesen Fällen des "ersten Zugangs" zum Gericht die Wiedereinsetzung unmittelbar der Verwirklichung der verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsschutzgarantien der Art. 19 Abs.4 und 103 Abs.1 GG dient, hat das BVerfG zu Recht den Grundsatz aufgestellt, daß bei Auslegung und Anwendung der §§ 44 ff. stets darauf Bedacht zu nehmen ist, daß diesen verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien hinreichend Rechnung getragen wird. Das bedeutet, daß die Tatbestandsvoraussetzungen der Wiedereinsetzung hier großzügig auszulegen sind, um so richterliche Entscheidungen in der Sache selbst zu ermöglichen.

1) BVerfGE 25, 158(166); 26, 315 (318); 31, 388(390); 38, 35(38)

So hat das BVerfG z.B. mehrfach entschieden, daß der Bürger auf normale Postlaufzeiten vertrauen dürfe. Ein Verschulden im Sinne des § 44 liegt danach nicht vor, wenn die Briefbeförderung oder -zustellung sich aus Gründen verzögert, die im Verantwortungsbereich der Deutschen Bundespost liegen [1].

Ein Verschulden liegt auch dann nicht vor, wenn jemand während einer 3-wöchigen Urlaubsabwesenheit von seiner ständigen Wohnung keine Vorkehrungen in bezug auf mögliche Zustellungen trifft [2].

Als Mittel zur Glaubhaftmachung nach § 45 Abs. 2 S. 1 reicht es aus, wenn ein Urlaub in der allgemeinen Ferienzeit - ohne die Beibringung weiterer Beweismittel - schlicht mitgeteilt wird, weil es sich hierbei um einen ausgesprochen naheliegenden, der Lebenserfahrung entsprechenden Versäumnisgrund handelt. In diesen Fällen dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht überspannt werden. [3]

II. Daß diese Auslegungsbeispiele allesamt die Wiedereinsetzung in Strafbefehls- oder Bußgeldverfahren betreffen, heißt nun allerdings nicht, daß sich die Garantiefunktion der Wiedereinsetzung im Hinblick auf die Art. 19 IV und 103 Abs. 1 GG auf diese beiden Verfahrensarten beschränkt. So stellen z.B. auch der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 172 Abs. 2 und der Antrag auf

1) BVerfGE 40, 42; 41, 23 ff; 43, 75; 46, 404; 50, 397. Vgl. dagegen unten, S. 107 und dort Fn.2

2) BVerfGE 25, 158 ff, vgl. in ganz ähnlichen Fällen auch BVerfGE 26, 315 (318); 35, 296(298); 40, 88; 43, 95

3) BVerfGE 38, 35 ff. Normalerweise sind die Anforderungen bezüglich der Glaubhaftmachung schärfer, vgl. unten, S. 23.

Nachverfahren gem. § 439 Abs. 1 Fälle des "ersten Zugangs" zum Gericht dar. Im Klageerzwingungsverfahren wird dem Verletzten die Möglichkeit gegeben, die Einhaltung des Legalitätsprinzips richterlicher Kontrolle zu unterwerfen [1] und damit seine Rechte aus den Art. 19 IV und 103 Abs. 1 GG wahrzunehmen. Im Nachverfahren des § 439 haben ebenfalls die verfassungsrechtlichen Garantien der Art. 103 Abs. 1 und 19 Abs. 4 GG ihren Niederschlag gefunden [2]. Nach § 439 Abs. 1 kann derjenige, der als Tatunbeteiligter ein Recht an einem rechtskräftig eingezogenen Gegenstand hat, nachträglich gerichtlich geltend machen, daß die Einziehung ihm gegenüber ungerechtfertigt ist. Im Klageerzwingungs- und Nachverfahren hängt daher für den Bürger die Möglichkeit, in der Sache selbst vom Richter gehört zu werden (Art. 103 Abs. 1 GG) von der Gewährung der Wiedereinsetzung ab, wenn er die in § 172 Abs. 2, bzw. die in § 439 Abs. 1 gesetzte Frist versäumt. Daher ist auch hier bei Auslegung und Anwendung des § 44 darauf zu achten, daß die Rechtsschutzgarantie des Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet wird.

1) Meyer in Löwe/Rosenberg; § 172, Rdnr. 1; Eb. Schmidt, § 172, Anm. 1

2) Schäfer in Löwe/Rosenberg, § 439, Rdnr. 1 und 2

E. Die Wiedereinsetzung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit sind Bestandteile des Rechtsstaatsgedankens [1]. Sie zu verwirklichen verlangt ein wertethisches Prinzip [2]. Nicht selten treten beide Werte in Konflikt zueinander. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG [3] ist die Lösung eines solchen Konflikts Sache des Gesetzgebers. Löst der Gesetzgeber die Konfliktsituation nicht, ist eine sorgfältige Abwägung zwischen beiden Werten geboten [4].

In der StPO ist Ausprägung eines Widerstreites zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit z.B. das Rechtsinstitut der Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359 ff) [5]. Dort hat der Gesetzgeber den Widerstreit gelöst, indem er die Durchbrechung

1) BVerfGE 25, 269 (290)

2) Dissenting vote zu BVerfGE 35, 41 ff in BVerfGE 35, 51 ff (53)

3) BVerfGE 7, 194(196); 11, 263 (265); 15, 313 (319 f, 322); 19, 150 (166); 22, 322 (329); 27, 297 (305 f, 308); 29, 413 (432)

4) BVerfGE 7, 194 (196); 11, 263 (265)

5) BVerfGE 22, 322 ff.

der Rechtskraft zu Lasten der Rechtssicherheit nur für einige wenige gravierende Fälle abschließend zugelassen hat, § 359.

Auch im Wiedereinsetzungsrecht steht die Forderung nach materieller Gerechtigkeit der Forderung nach Rechtssicherheit gegenüber: Einerseits besteht das Bedürfnis, dem Antragsteller bei von ihm nicht verschuldeter Fristversäumnis zu helfen; andererseits gilt es - im Interesse der Allgemeinheit an unverzögertem Verfahrensgang und klarer Verfahrenslage [1] - die Wiedereinsetzungsmöglichkeiten nicht sachlich oder zeitlich zu weit auszudehnen. Anders als im Wiederaufnahmerecht findet sich in den §§ 44 ff. allerdings keine abschließende Aufzählung derjenigen Fälle, in denen die Wiedereinsetzung zu gewähren, die Rechtssicherheit mithin zugunsten der materiellen Gerechtigkeit zurückgesetzt sein soll. Auf den ersten Blick läßt sich somit die Bedeutung der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit im Wiedereinsetzungsrecht nicht bestimmen. Dies erfordert genaueres Hinsehen:

Die materielle Gerechtigkeit wird besonders durch den Umstand herausgestellt, daß das Wiedereinsetzungsrecht des Strafprozesses - im Gegensatz zu den Wiedereinsetzungsregelungen anderer Prozeßordnungen [2] - keine absolute Ausschlußfrist enthält, nach deren Ablauf eine Wiedereinsetzung unzulässig wäre. Durch das Fehlen einer absoluten Ausschlußfrist werden unbillige Ergebnisse und Härten vermieden.

1) BGHSt 1,44 (46)
2) Z.B. §§ 234 Abs.3 ZPO, 60 Abs.3 VwGO, 110 Abs.3 AO, 56 Abs.3 FGO

Wendisch [1] führt hierfür das anschauliche Beispiel des Antragstellers an, der durch einen Strafbefehl zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, hiervon aber unverschuldet keine Kenntnis erhalten hat. Wird die Aussetzung widerrufen, so kann der Verurteilte Wiedereinsetzung beantragen, wenn er durch den Widerruf erstmalig Kenntnis von der verhängten Strafe erhalten hat, da erst durch die Kenntnis das Hindernis entfallen ist. Obwohl die Mindestfrist einer Bewährungszeit zwei Jahre beträgt, wäre der Wiedereinsetzungsantrag aber bereits nach einem Jahr - vom Ende der versäumten Einspruchsfrist an gerechnet - unzulässig, wenn man in die StPO etwa eine dem § 234 Abs. 3 ZPO entsprechende Ausschlußfrist einfügen würde. Dieses Beispiel macht deutlich, daß die Wiedereinsetzung des Strafprozesses aus Gründen der Gerechtigkeit zu Recht keine absolute Ausschlußfrist enthält.

Andererseits sind in den §§ 44 ff. aber auch Rechtssicherheitsinteressen berücksichtigt.

Das zeigt sich einmal daran, daß das Wiedereinsetzungsrecht in § 45 Abs.1 eine Fristenregelung enthält. Fistenregelungen sind typische Ausgestaltungen des Grundsatzes der Rechtssicherheit. Gem. § 45 Abs. 1 ist der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen einer Woche nach Wegfall des für die Fristversäumung ursächlichen Hindernisses zu stellen; innerhalb dieser Frist ist auch gem. § 45 Abs. 2 S. 2 die versäumte Handlung nachzuholen.

1) Löwe/ Rosenberg, § 45, Rdnr. 6

Des weiteren verlangt § 45 Abs. 2 S. 1, daß die Tatsachen zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags glaubhaft zu machen sind. Die Glaubhaftmachung soll den Richter in die Lage versetzen, ohne den Fortgang des Verfahrens verzögernde weitere Ermittlungen über den Antrag zu entscheiden [1]. Die Glaubhaftmachung hat daher in der Regel durch präsente schriftliche Beweismittel zu erfolgen, die der Richter unmittelbar durch Einsicht würdigen kann, ohne noch andere Personen befragen zu müssen. Die bloße Bezeichnung eines Beweismittels, wie etwa die Benennung eines Zeugen, reicht daher in der Regel zur Glaubhaftmachung nicht aus [2]. Die Glaubhaftmachung als grundsätzlich eng auszulegende sachliche Voraussetzung des Wiedereinsetzungsantrags dient somit der Beschleunigung des Verfahrens und damit der Rechtssicherheit.

Schließlich ist in § 47 der Grundsatz festgeschrieben, daß der Antrag auf Wiedereinsetzung die Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung nicht hemmt. Diese Regelung bezweckt, rechtskräftige Entscheidungen zügig der Vollstreckung zuzuführen und die mißbräuchliche Ausnutzung der Wiedereinsetzung auszuschließen [3]. § 47 Abs. 1 dient demnach - ebenso wie die Fristenregelung des § 45 Abs. 1 und das Erfordernis der Glaubhaftmachung in § 45 Abs. 2 S. 1 - den Belangen der Rechtssicherheit.

Es haben also im Wiedereinsetzungsrecht des Strafprozesses die Rechtssicherheit und die materielle Gerechtigkeit gleichermaßen ihren Niederschlag gefunden.

1) BGHSt 21, 347; KG = NJW 74, 657;
Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 45 Rdnr. 21

2) BGH aaO.

3) So schon Hahn, Motive 1, S. 98

Es läßt sich den §§ 44 ff. nicht entnehmen, daß etwa dem einen oder dem anderen Prinzip generell der Vorrang gebührt. Beide Werte sind vielmehr im Zusammenhang mit den Einzelfragen des Wiedereinsetzungsrechts spezifisch gegeneinander abzuwägen, wobei auch die in Teil 2, Kap. D angesprochenen sonstigen verfassungsrechtlichen Implikationen zu bedenken sein werden.

3. T E I L (Einzelfragen)

Aufbauend auf der im voraufgegangenen Teil erfolgten Darstellung der Grundlagen der Wiedereinsetzung sollen nunmehr einige Einzelprobleme untersucht werden.

A. Antragsberechtigung

Ein Recht auf Wiedereinsetzung hat jeder Verfahrensbeteiligte, sofern es sich um Fristen aus eigenem Recht handelt, so etwa auch der Beschuldigte im Privatklageverfahren und der Nebenkläger [1]. Auch die Staatsanwaltschaft kann - jedenfalls für sich selbst - Wiedereinsetzung beanspruchen [2]. Umstritten ist jedoch, ob die Staatsanwaltschaft auch zugunsten des Angeklagten Wiedereinsetzung beantragen kann. Diese Frage ist Gegenstand einer Kontroverse zwischen Kalthoener [3] und der herrschenden Auffassung [4]; sie hängt unmittelbar mit der eingangs angesprochenen systematischen Einordnung der Wiedereinsetzung in das Rechtsbehelfssystem der StPO zusammen.

1) Vgl. die ausführliche Zusammenstellung bei Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 21 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

2) Diese Möglichkeit ist für die Staatsanwaltschaft allerdings eingeschränkt, denn sie handelt als Behörde durch ihre Amtsträger. Soweit die Amtsträger ihre Tätigkeit mit einer gewissen Selbständigkeit wahrnehmen, sind ihre Handlungen der Behörde als eigene zuzurechnen und somit nicht unverschuldet. Zu diesem Fragenkreis: RG = JW 1891, 116; 1925, 996; RGSt 67, 265; KG = GA 41, 155; BGHSt 2, 135; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 70

3) S. 93 ff.

4) RGSt 22, 31; OLG Bremen = GA 1957, 87; LG Aachen NJW 1961, 86 mit zust. Anm. Kleinknecht; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 46, Rdnr. 2; Eb. Schmidt, § 44, Anm. 5; Sax in KMR, § 44, Anm. 2

Die herrschende Meinung versagt der Staatsanwaltschaft das Recht, für den Angeklagten Wiedereinsetzung zu beantragen. Sie stützt ihre Auffassung auf folgende Argumente: Da die Wiedereinsetzung kein Rechtsmittel, sondern ein Rechtsbehelf sei, könnten die §§ 296 ff nicht angewendet werden, Auch eine analoge Anwendung des § 296 Abs. 2 komme nicht in Betracht. Denn aus der Bestimmung des § 405 alter Fassung (heute: § 365), die die allgemeinen Vorschriften über Rechtsmittel im Wiederaufnahmeverfahren für anwendbar erklärt, müsse gefolgert werden, daß eine analoge Anwendung der §§ 296 ff. auf Rechtsbehelfe ausgeschlossen sei. Andernfalls hätte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der Rechtsmittelvorschriften auf das Wiederaufnahmeverfahren nicht ausdrücklich zu gestatten brauchen. [1)]

Eine Analogie verbiete sich ferner auch deshalb, weil mit dem Wiedereinsetzungsantrag nicht die Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung angestrebt werde [2)]. Darüber hinaus könne die Staatsanwaltschaft die gemäß § 45 Abs. 2 S. 2 erforderliche Nachholung der versäumten Prozeßhandlung auch nicht selbst vollziehen. Dies würde der Geltendmachung eines fremden Rechts gleichkommen, wozu die Staatsanwaltschaft nicht legitimiert sei [3)].

1) RGSt 22, 31 (32); ebenso Gerland, S. 184 Fn. 38

2) RG, aaO.

3) RG, aaO., Löwe/Rosenberg, § 46, Rdnr. 2; Köhler in GS 53, 323 Fn. 1

Anders als die herrschende Meinung hält es Kalthoener für zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten Wiedereinsetzung beansprucht. Kalthoener tritt für eine analoge Anwendung des § 296 Abs. 2 ein [1]. Dabei gesteht er der herrschenden Meinung jedoch zu, daß die Staatsanwaltschaft die nach § 45 Abs. 2 S. 2 erforderliche Nachholung der versäumten Prozeßhandlung nicht selbst vollziehen kann. Deshalb soll die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung auf die Fälle beschränkt sein, in denen die versäumte Prozeßhandlung bereits nachgeholt ist [3]. Weitere Bedingung soll das Vorliegen eines öffentlichen Interesses sein [4].

Kalthoeners Kritik an der herrschenden Auffassung richtet sich namentlich gegen die auf § 405 alter Fassung (heute: § 365) gestützte Argumentation: In den Motiven und Protokollen zur Strafprozeßordnung [5] finde die Interpretation der h.M., der Gesetzgeber habe eine analoge Anwendung der §§ 296 ff. ausschließen wollen und es deshalb für nötig befunden, ihre Anwendung auf das Wiederaufnahmeverfahren ausdrücklich zu gestatten, keine Stütze. Im übrigen, so meint Kalthoener weiter, werde ja auch dem Verteidiger - und zwar analog § 297 - das Recht zugestanden,

1) aaO., S. 94

2) ebenso - allerdings ohne Begründung - OLG München - Alsberg I, 110, Nr. 119

3) S. 95

4) S. 99

5) S. 94, Fn. 12

zugunsten des Angeklagten Wiedereinsetzung zu beantragen. Es sei aber nicht gerechtfertigt, den Verteidiger und die Staatsanwaltschaft in diesem Punkte prozessual unterschiedlich zu behandeln. Vielmehr sei eine theoretische Gleichbehandlung geboten [1].

Die Position, die Kalthoener gegen die herrschende Meinung bezogen hat, ist jedoch recht schwach. Zwar ist richtig, daß die Motive und Protokolle zu § 405 alter Fassung (jetzt § 365) keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthalten, der Gesetzgeber habe die analoge Anwendung der §§ 296 ff. bei Rechtsbehelfen, die keine Rechtsmittel sind, ausschließen wollen und es deshalb für nötig befunden, ihre Anwendung auf das Wiederaufnahmeverfahren expressis verbis zu gestatten. Jedoch hilft hier die historische Auslegungsmethode nicht weiter. Vielmehr verdient die an der Systematik der StPO orientierte Auslegung der herrschenden Meinung den Vorzug. Allerdings sollte die Begründung nicht allein auf § 365 gestützt werden. Insofern bedarf die herrschende Auffassung der Ergänzung. § 365 ist nur einer von mehreren Anhaltspunkten dafür, daß nach dem Willen des Gesetzgebers eine Anwendung der §§ 296 ff. nur dort zulässig sein soll, wo dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Ein Blick auf andere Verfahrensabschnitte der StPO zeigt, daß der Gesetzgeber jeweils ausdrücklich angeordnet hat, wann welche Rechtsmittelvorschriften im einzelnen gelten sollen, so in den §§ 118 b, 390 Abs. 1, 391 Abs. 3, 401 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 406 a Abs. 1, 409 Abs. 3, 411 Abs. 3 S. 2. Mann kann geradezu von einem

1) S. 96

"numerus clausus" sprechen. Wenn somit der Gesetzgeber die Anwendung der §§ 296 ff. dermaßen detailliert durchdacht hat, ist es naheliegend, daß er ihre Geltung für den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung bewußt ausschließen wollte, da es dort an einer Verweisung auf die Rechtsmittelvorschriften fehlt (argumentum e contrario).

Auch die von Kalthoener proklamierte theoretische Gleichbehandlung des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft in der Frage der Wiedereinsetzung zugunsten des Angeklagten ist angreifbar. Kalthoener geht von der Überlegung aus, daß es dem Verteidiger - entsprechend § 297 - gestattet sein müsse, zugunsten des Angeklagten Wiedereinsetzung zu beantragen [1]. Eine entsprechende Anwendung des § 297 könne aber nicht weniger bedenklich sein als eine entsprechende Anwendung des § 296 Abs.2.

Jedoch kann Kalthoener schon in der Prämisse nicht gefolgt werden. In allen Fällen, in denen es - wie bei der Wiedereinsetzung - um die verfahrensrechtlichen Befugnisse oder die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten selbst geht, kann der Verteidiger in seiner Rechtsstellung als Beistand [2] nicht an die Stelle des Beschuldigten treten, wenn nicht ausdrücklich Aus-

1) Unter Berufung auf Eb. Schmidt, § 44, Rdnr. 5; Bennecke/Beling, S. 306, Fn. 20; Köhler in GS 53, 323, Fn. 1

2) Wo der Verteidiger als Beistand (§ 137) auftritt, handelt er selbständig neben dem Beschuldigten aus eigenem Recht und in eigenem Namen, nicht als Vertreter des Beschuldigten in dessen Namen. Dieser Rechtslage hat das Gesetz in zahlreichen Vorschriften Rechnung getragen. Vgl. hierzu ausführlich : BGHSt 12, 367 (369).

nahmen zugelassen sind [1]. Eine solche Ausnahme ist zwar § 297 [2]. Diese Bestimmung gilt aber mangels ausdrücklicher Verweisung im Wiedereinsetzungsrecht gerade nicht[3]. Deshalb kann der Verteidiger nicht aufgrund seiner Rechtsstellung als Beistand, sondern nur aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung des Angeklagten für diesen Wiedereinsetzung beantragen. Eine analoge Anwendung des § 297 kommt demzufolge entgegen Kalthoener ebensowenig in Betracht wie eine analoge Anwendung des § 296 Abs. 2.

Somit läßt es sich nach der Systematik der StPO nicht rechtfertigen, der Staatsanwaltschaft analog § 296 Abs. 2 das Recht einzuräumen, für den Angeklagten Wiedereinsetzung zu beantragen. Dafür besteht im übrigen auch gar kein Bedürfnis, denn die Staatsanwaltschaft wird in krassen Fällen eine Wiedereinsetzung zumindest anregen [4], und das Gericht kann nach heutiger Rechtslage gemäß § 45 Abs. 2 auch ohne Vorliegen eines Antrages Wiedereinsetzung von Amts wegen gewähren. Hinzu kommt noch der praktische Gesichtspunkt, daß die Staatsanwaltschaft in den seltensten Fällen in der Lage sein wird, die nach § 45 Abs. 2 erforderlichen Hinderungsgründe in der Person des Beteiligten anzugeben oder glaubhaft zu machen.

1) BGHSt 12, 367 (370)

2) BGH, aaO.

3) Im Ergebnis ebenso Kleinknecht in Anmerkung zu LG Aachen = NJW 1961, 86; wohl auch Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, § 297, Rdnr. 1

4) Kleinknecht, aaO., S. 87; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 46, Rdnr. 2

B. Ist die Beschwer Zulässigkeitsvoraussetzung der Wiedereinsetzung ?

Nach dem für den Strafprozeß gültigen materiellen Beschwerbegriff muß der Rechtsmittelführer durch die angefochtene gerichtliche Entscheidung unmittelbar in seinen materiellen Rechten oder rechtlich geschützten Interessen verletzt sein [1]. Die Beschwer ist Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsmittels; nach überwiegender Auffassung kann sie sich nur aus dem Tenor der angefochtenen Entscheidung ergeben [2].

Die Frage, ob die Beschwergrundsätze auch auf Rechtsbehelfe, die keine Rechtsmittel sind, Anwendung finden können, ist bisher kaum diskutiert worden. Ansatzpunkte für ihre Beantwortung ergeben sich aus der eingangs beleuchteten Stellung der Wiedereinsetzung im Rechtsbehelfssystem der StPO.

Löbbecke [3] will die Anwendung der Beschwergrundsätze auf Rechtsbehelfe zwar nicht grundsätzlich ausschließen, sie jedoch auf rechtsmittelähnliche Rechtsbehelfe beschränken. Als Beispiel führt er die Wiederaufnahme an, für die auch Sax [4] eine Beschwer

1) Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, § 296, Rdnr. 2; Sax in KMR, Vorbem. 3 a vor § 296. Die Terminologie der h.M. ist unterschiedlich: vgl. BGHSt 7, 153 und 16, 374 (376), wo von Interessenbeeinträchtigung oder -benachteiligung die Rede ist. Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 296 und Peters, S. 539 sprechen von "Betroffensein".

2) BGHSt 16, 376; Roxin, § 52 B II, 2 b

3) Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, S. 23

4) KMR, Vorbem. 4 vor § 359

als Zulässigkeitsvoraussetzung fordert. In der Tat leuchtet dies ein, da der Wiederaufnahmeantrag sich gegen eine gerichtliche Entscheidung richtet und - wie Löbbecke zutreffend ausführt [1] - zumindest rechtsmittelähnlichen Charakter hat, wie auch § 365 zeigt. Was für die Wiederaufnahme des Verfahrens gilt, kann jedoch für die Wiedereinsetzung keine Gültigkeit beanspruchen. Die Wiedereinsetzung kann nicht als rechtsmittelähnlicher Rechtsbehelf angesehen werden. Zwar läuft sie verfahrensmäßig mit dem Rechtsmittelverfahren parallel, wenn der Wiedereinsetzungsantrag mit der Rechtsmitteleinlegung gekoppelt ist [2]. Die Wiedereinsetzung selbst zielt jedoch nicht auf unmittelbare Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung ab; die §§ 296 ff. gelten nicht entsprechend [3]. Die Wiedereinsetzung bezweckt, die nachteiligen Folgen einer Fristversäumnis zu beseitigen [4]. Die nachteilige Folge kann, muß aber - anders als bei den Rechtsmitteln - nicht notwendigerweise in einer für den Antragsteller ungünstigen gerichtlichen Entscheidung liegen. Sie kann auch, soweit nach Säumnis überhaupt keine Entscheidung ergeht [5], darin bestehen, daß der Antragsteller mit seiner beabsichtigten Prozeßhandlung wegen des Fristablaufs präkludiert ist. Ist infolge der Säumnis aber

1) aaO.

2) Siehe oben, S. 13

3) Siehe oben, S. 28 f.

4) Siehe oben, S. 5 f.

5) Das ist z.B. bei Versäumung der Frist des § 77 b StGB der Fall. Zur Frage der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist des § 77 b StGB siehe unten, S.44 ff.

eine Entscheidung ergangen, die es dann mittels der Wiedereinsetzung zu beseitigen gilt, so muß es sich hierbei - wie die Untersuchung im folgenden Kapitel noch zeigen wird - nicht einmal zwingend um eine gerichtliche Entscheidung handeln, es kann auch eine nichtrichterliche z.B. staatsanwaltschaftliche Entscheidung sein.

Wegen dieser gravierenden Wesensunterschiede können die Beschwergrundsätze so, wie sie für Rechtsmittel gelten, nicht auf die Wiedereinsetzung übertragen werden.

Die Beschwer der Rechtsmittelverfahren ist jedoch nur ein Unteraspekt des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses, das für sämtliche Rechtsbehelfsverfahren der StPO anerkannt ist [1]. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist zu verneinen, wenn der vom Gesetz vorgesehene Rechtsbehelfsweg zweckwidrig, mißbräuchlich oder unnötig beschritten wird [2]. Sieht man nun als

1) Peters, S. 238; Floth in ZZP Bd. 68, 365; Löbbecke, aaO., S. 49 ff; OLG Oldenburg = NdsRpfl 1949, 64; LG Karlsruhe = AnwBl 1970, 1979; OLG Hamburg = NJW 1971, 1326 f. Nach Stephan (NJW 1966, 2394 f) soll das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis im Strafprozeß nicht gelten; gegen Stephan jedoch überzeugend Löbbecke, aaO., S. 50 f

2) Löbbecke, aaO., S. 51

einzigen Zweck der Wiedereinsetzung die Beseitigung nachteiliger Rechtsfolgen an[1], dann muß die nachteilige Rechtsfolge zwangsläufig Voraussetzung für die Anwendung der §§ 44 ff sein. Die "Beschwer" im Wiedereinsetzungsrecht ist somit gleichbedeutend mit dem Vorhandensein einer nachteiligen Rechtsfolge. Wird demnach z.B. eine Rechtsmittelfrist versäumt, so besteht die nachteilige Folge in der durch den Fristablauf eingetretenen Rechtskraft der vorinstanzlichen Entscheidung. Ein nach Rechtskraft eingelegtes Rechtsmittel ist zunächst unzulässig und kann nur durch eine - rechtskraftüberwindende - Wiedereinsetzungsgewährung zulässig werden.

Ist eine nachteilige Rechtsfolge nicht gegeben, so läuft das Wiedereinsetzungsbegehren dem gerade auf die Beseitigung der nachteiligen Rechtsfolge gerichteten Zweck der Wiedereinsetzung zuwider. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist dann zu verneinen.

1) Vgl. oben, S. 5 f.

C. Der Begriff der "Frist" im Sinne des § 44

I. Die StPO kennt zwei Arten von Wiedereinsetzung: die Wiedereinsetzung gegen Terminversäumnis und die Wiedereinsetzung gegen Fristversäumnis. Die Fälle der Wiedereinsetzung gegen Terminversäumnis sind im Gesetz enumerativ aufgezählt: § 235, 315, 329 Abs. 3, 342, 391, Abs. 4, 401 Abs. 3 und 412 S. 2 i.V.m.329 Abs. 3. Demgegenüber ist bei der Wiedereinsetzung gegen Fristversäumnis ausschließlich § 44 maßgeblich, der eingreift, wenn ohne Verschulden "eine Frist" nicht eingehalten werden kann.

Einhellig gehen Rechtsprechung und Lehre davon aus, daß jedenfalls vertragliche Fristen, wie etwa die Frist zum Widerruf eines Vergleichs in einer Privatklagesache, nicht unter § 44 fallen [1]. Davon abgesehen herrscht aber über den Fristbegriff des § 44 keine Klarheit. Mit der früher herrschenden Meinung [2] gehen Wendisch [3] und Sax [4] davon aus, daß Wiedereinsetzung nur bei Versäumung derjenigen Fristen gewährt werden könne, die notwendigerweise bei einem Gericht wahrzunehmen sind.

1) OLG Oldenburg = HRR 1932, 299; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 9
2) KG = GA 42, 429 und JR 1954, 71; OLG Celle =NJW 1954, 974; OLG Köln = NJW 1954, 406; Schwarz, § 172, 2 A, a
3) Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 8
4) KMR, § 44, Anm. 1 b

Im Gegensatz dazu nimmt eine moderne Auffassung [1] an, unter Fristen iSd § 44 seien alle prozessualen Handlungsfristen zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie ausschließlich bei Gericht wahrzunehmen seien, oder ob es sich um sonstige gesetzliche Fristen handele. Hiervon sollen allerdings die absoluten Ausschlußfristen ausgenommen sein. Darunter sind diejenigen Fristen zu verstehen, nach deren Ablauf eine Rechtshandlung generell unzulässig ist. [2] Eine solche Frist ist z.B. § 439 Abs. 2 [3]. Die absoluten Ausschlußfristen sind zu unterscheiden von den relativen Ausschlußfristen der StPO, die auch als "einfache Fristen" bezeichnet werden [4]. Nach Ablauf einer relativen Frist ist die versäumte Rechtshandlung zunächst auch präkludiert, jedoch kann sie über die Wiedereinsetzung zulässig werden.

Möglicherweise lassen sich für die Klärung des Fristbegriffs Lösungsgesichtspunkte aus der Erörterung der Problematik gewinnen, ob Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Fristen der §§ 172 Abs. 1 und 77 b StGB gewährt werden kann. Diese Fristen sind die beiden in der Praxis bedeutsamsten nicht bei einem Gericht wahrzunehmenden Fristen. Die Frist des § 172 Abs. 1 ist bei der Staatsanwaltschaft zu wahren, die des § 77 b StGB kann bei der Staatsanwaltschaft oder einer anderen Behörde gewahrt werden, § 158 Abs. 2.

1) Kleinknecht, § 44, Rdnr. 1; Kühne, Rdnr. 366; Roxin, § 22 B, V; Eb.Schmidt, § 44, Rdnr. 3 und § 43, Rdnr. 3; OLG Oldenburg = NJW 1967, 1814 (1815)

2) Vgl. Fn. 1

3) So auch Kleinknecht, vor § 42, Rdnr. 4

4) Kühne, aaO.

II. Kann bei Versäumung der Frist des § 172 Abs. 1 StPO Wiedereinsetzung gewährt werden?

Zu dieser Frage haben sich drei Auffassungen herausgebildet:

1 a) Teilweise wird die Ansicht vertreten, Wiedereinsetzung komme bei Versäumung der Frist des § 172 Abs. 1 nicht in Betracht. Diesen Standpunkt vertreten konsequenterweise diejenigen, die unter "Frist" iSd § 44 eine bei Gericht wahrzunehmende Frist verstehen [1].

Eine Sonderstellung nimmt Wendisch ein. Auch er will zwar § 44 nicht auf die Frist des § 172 Abs. 1 anwenden, glaubt dieses "unbefriedigende Ergebnis" aber durch eine analoge Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften der VwGO - §§ 70 Abs. 2 und 60 VwGO - mildern zu können [2].

Die dritte Auffassung, die sich in letzter Zeit stark im Vordringen befindet, will bei der Versäumung der Frist des § 172 Abs. 1 nach § 44 Wiedereinsetzung gewähren [3]. Dabei wird teilweise eine analoge [4], teilweise eine direkte Anwendung [5] der § 44 ff empfohlen.

1) Diese Ansicht war früher ganz herrschend, vgl. die auf S. 35 Fn. 2 angegebenen Fundstellen, sowie außerdem HOLG 1928, 190; OLG Hamm JMinBlNRW 1964, 92; Feisenberger, § 44, Anm. 3; Dalcke in GA 40, 256 (258); Dellus in GA 53, 177 (187); Kern/Roxin, bis zur 11. Aufl., § 22 V

2) Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 14

3) OLG Nürnberg = MDR 1972, 67 mit zustimmender Anmerkung von Kleinknecht; OLG Hamm = JZ 1973, 224; OLG Köln = MDR 1972, 623; OLG Oldenburg = NJW 1967, 1814; Eb.Schmidt, § 44, Anm. 3; Kleinknecht, § 172, Rdnr. 17; Roxin, § 22 B V; Kalthoener, S. 23 ff.

4) OLG Nürnberg, aaO; Kalthoener, aaO.

5) Eb.Schmidt, aaO.; Kleinknecht in Anm. zu OLG Nürnberg = MDR 1972, S. 69

1 b) Die überkommene Meinung (S. 37, Fn. 1) führt zur Begründung ihrer ablehnenden Haltung die §§ 45 und 46 an. § 45 setze voraus, daß die versäumte Frist bei "Gericht" gewahrt werden müsse.

Nach § 46 Abs. 1 sei zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag dasjenige "Gericht" berufen, das zur Entscheidung in der Sache selbst berufen gewesen wäre. Da eine Wiedereinsetzung somit nur bei Versäumung gerichtlicher Fristen zulässig sei, könne § 44 unmöglich auf staatsanwaltliche Fristen wie die des § 172 Abs. 1 Anwendung finden.

Dieser Argumentation ist entgegengehalten worden, sie verkenne die Bedeutung der §§ 45 und 46. Diese Bestimmungen seien lediglich Ausführungsvorschriften für das Wiedereinsetzungsverfahren und deshalb nicht geeignet, den Umfang der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung zu bestimmen [1].

Wie sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte der Wiedereinsetzungsvorschriften ergibt, ist dieser Vorhalt zutreffend. Die Motive der StPO erörtern die Zentralvorschrift des § 44 (im Entwurf § 38) zunächst in einem gesonderten Abschnitt. Sodann fassen sie die Besprechung der nachfolgenden Bestimmungen, §§ 45 bis 47 (im Entwurf §§ 39 bis 42) in einem weiteren Abschnitt zusammen, der ausdrücklich als "Verfahren" bei Wiedereinsetzungsgesuchen bezeichnet ist [2]. Die §§ 45 und 46 sind somit lediglich Durchführungsvorschriften, die naturgemäß den Normalfall der Wiedereinsetzung im Auge haben.

1) OLG Nürnberg, aaO., S. 67; OLG Oldenburg aaO., S. 1815, Kalthoener, S. 23

2) Hahn, Motive, S. 39, 40

Den Umfang der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung vermögen sie nicht festzulegen. Dies vermag allein § 44. Dessen Wortlaut und Zweckrichtung zwingen jedenfalls nicht zu einer einschränkenden Interpretation des Fristbegriffs dahingehend, daß unter § 44 nur diejenigen Fristen fallen, die notwendigerweise bei einem Gericht zu wahren sind.

Daß es sich bei der Frist des § 172 Abs. 1 um eine prozessuale gesetzliche - bei der Staatsanwaltschaft wahrzunehmende - Frist handelt, kann nicht zweifelhaft sein. Man kann sogar, wie das OLG Nürnberg [1], die Frist des § 172 Abs. 1 "mittelbar" als richterliche Frist ansehen. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß das Vorschaltverfahren des § 172 Abs. 1 faktisch bereits ein Teil des Klageerzwingungsverfahrens ist, denn nur wenn das Beschwerdeverfahren des § 172 Abs. 1 ordnungsgemäß durchgeführt wird, ist das Klageerzwingungsverfahren selbst nach § 172 Abs. 2 zulässig [2] [3]. Es würde, um mit dem OLG Nürnberg zu sprechen, in der Tat Gründen der Rechtslogik zuwiderlaufen, Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der 1-Monats-Frist des § 172 Abs. 2 zuzulassen [4], deren Zulässigkeit gegen die Versäumung der 2-Wochen-Frist des § 172 Abs. 1 aber zu verneinen.

1) aaO.

2) OLG Nürnberg, aaO., S. 67; OLG Bremen = NJW 1948, 394 Nr. 19; Kalthoener S. 23

3) Kleinknecht, Anm. zu OLG Nürnberg, aaO., S. 69 spricht in diesem Zusammenhang treffend von der "Funktionsidentität" beider Fristen.

4) Allgemeine Ansicht, für alle Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 172, Rdnr. 86

Für die Anwendbarkeit der §§ 44 ff. bei Versäumung der Frist des § 172 Abs. 1 sprechen nicht zuletzt auch die im 2. Teil, Kap. D, angesprochenen verfassungsrechtlichen Implikationen der Wiedereinsetzung. Die Gewährleistung der sich im Klageerzwingungsverfahren widerspiegelnden Verfassungsgrundsätze der Art. 19 Abs. 4 und 103 Abs. 1 GG [1] hängt nicht nur davon ab, daß bei Versäumung der Frist des § 172 Abs. 2, sondern auch bei Versäumung der Frist des § 172 Abs. 1 Wiedereinsetzung gewährt wird. Wie im vorigen Absatz ausgeführt, ist das Beschwerdeverfahren nach § 172 Abs. 1 zwingender Bestandteil des Verfahrens nach § 172 Abs. 2. Wer - wie ein Teil der Rechtsprechung und Lehre [2] - die Frist des § 172 Abs. 1 nicht als "Frist" iSd § 44 begreift und deshalb gegen die Versäumung dieser Frist keine Wiedereinsetzung gewährt, der versperrt dem Antragsteller nicht nur den Beschwerdeweg zum Generalstaatsanwalt, sondern auch die weitergehenden in der Verfassung verankerten Rechte auf Überprüfung der behördlichen Entscheidung nach Art. 19 Abs. 4 GG und Gewährung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 103 Abs. 1 GG.

Zu klären bleibt nun noch die Frage, ob die §§ 44 ff. direkt oder analog anwendbar sind. Da die §§ 45 und 46 expressis verbis nur gerichtliche Fristen betreffen, wohingegen es sich bei der Frist des § 172 Abs. 1 um eine bei der Staatsanwaltschaft zu wahrende Frist handelt, kann nur eine analoge Anwendung der §§ 44 ff. in Betracht gezogen werden. Auch wenn

1) Vgl. oben, S. 18 f

2) Vgl. oben, S. 35 Fn. 2 - 4

man die Frist des § 172 Abs.1 als mittelbare richterliche Frist versteht, wird man angesichts des klaren Wortlauts der §§ 45 und 46 eine direkte Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften - entgegen der auf S. 37 in Fn. 5 vertretenen Ansicht - ablehnen müssen.

Abschließend sei noch mit einem Satz auf die Ansicht von Wendisch [1] eingegangen, der zwar im Grundsatz auf der Linie der überkommenen Meinung liegt, wonach jedoch wegen des "unbefriedigenden Ergebnisses" die Wiedereinsetzungsvorschriften der VwGO, §§ 70 Abs.2 und 60, analog anwendbar sein sollen. Mit Recht hat Kleinknecht [2] gegen diese Ansicht vorgebracht, es müsse aus rechtssystematischen Gründen ein Lösungsweg auf "StPO - internem Weg" gefunden werden.

2. Mit der Zulassung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 172 Abs.1 ist aber noch nicht die Frage beantwortet, welche Stelle über eine derartige Wiedereinsetzung zu entscheiden hat.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, über die Wiedereinsetzung habe der Generalstaatsanwalt als vorgesetzter Beamter der Staatsanwaltschaft zu entscheiden [3]. Eine andere Ansicht meint, das

1) Siehe S. 37, Fn.2
2) Anm. zu OLG Nürnberg, aaO., S. 69
3) OLG Celle = MDR 1972, 67(68); OLG Hamm = JZ 1973, 224(225); OLG Oldenburg = NJW 1967, 1814(1815); Kalthoener, S.26,27; OLG München = NJW 1977,2365

Oberlandesgericht sei die zur Entscheidung über die Wiedereinsetzung berufene Stelle [1].

Zur Begründung führt die erstgenannte Auffassung § 46 Abs. 1 an. Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei die Herbeiführung der Entscheidung nur einer staatlichen Stelle, nämlich des zur Entscheidung in der Sache selbst berufenen Gerichts, um so einen zügigen Verfahrensgang zu gewährleisten. Nach § 172 Abs. 1 habe aber in der Sache selbst, d.h. über die Beschwerde, nicht ein Gericht, sondern der Generalstaatsanwalt zu entscheiden. Diesem müsse somit nach Sinn und Zweck des § 46 Abs. 1 auch die Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch überantwortet werden.

Die dargelegte Auffassung unterliegt indessen schwerwiegenden rechtsstaatlichen Bedenken: Es ist das erklärte Ziel des Klageerzwingungsverfahrens, dessen Bestandteil auch die Beschwerde nach § 172 Abs. 1 ist, das Legalitätsprinzip richterlicher Kontrolle zu unterwerfen [2]. Gerade wegen dieser Funktion geht insbesondere das Argument der Gegenmeinung fehl, auch anderen Verfahrensarten sei die Entscheidung über Wiedereinsetzungsgesuche durch nichtrichterliche Instanzen nichts Fremdes [3]. Würde man hier die Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch dem Generalstaatsanwalt zugestehen, so wäre dessen ablehnende

1) OLG Nürnberg = MDR 1972, 67; OLG Köln = MDR 1972, 623 in einem Fall, in dem der Generalstaatsanwalt den Beschwerdeführer schon sachlich beschieden hatte; Eb. Schmidt, § 46, Rdnr. 1; Kleinknecht, § 172, Rdnr. 16; ders. in Anm. zu OLG Nürnberg, aaO., OLG Stuttgart = NJW 1977, 61

2) Eb.Schmidt, § 172, Rdnr. 1, m.w.N.; OLG Nürnberg, aaO., vgl. auch oben S. 19

3) So aber OLG Celle, aaO., S. 68; Kalthoener, S. 27

Entscheidung unanfechtbar und damit gerichtlich überhaupt nicht mehr nachprüfbar. Daß dadurch die aufgezeigte Zielsetzung des Klageerzwingungsverfahrens gefährdet wäre, liegt auf der Hand. Deshalb darf über eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist des § 172 Abs. 1 nur das Oberlandesgericht befinden.

Im übrigen wird dem Generalstaatsanwalt durch diese Verfahrensweise auch keinesfalls die Möglichkeit genommen, sachlich über den Wiedereinsetzungsantrag zu entscheiden, allerdings nur unter dem Gesichtspunkt der Dienstaufsichtsbeschwerde [1].

1) OLG Nürnberg, aaO.; Kleinknecht, Anm. zu OLG Nürnberg, aaO., S. 69

III. Kann bei Versäumung der Frist des § 77 b StGB Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden?

1. Nach ganz überwiegender Meinung [1] kann bei Versäumung der Frist des § 77 b StGB [2] Wiedereinsetzung nicht gewährt werden. Demgegenüber will eine Mindermeinung [3] bei Versäumung der Strafantragsfrist eine Wiedereinsetzung zulassen.

Für beide Ansichten werden jeweils die unterschiedlichsten Begründungen vorgetragen.

In den Reihen der herrschenden Meinung wird zum Teil eine Wiedereinsetzung deshalb abgelehnt, weil die Strafantragsfrist keine Prozeßfrist sei [4].

1) OLG Düsseldorf = JMinBlNRW 1973; OLG Bremen = NJW 1956, 352; OLG Neustadt = JZ 1951, 341; Dreher, § 77 b, Anm. 2; Schönke/Schröder, § 77 b, Rdnr. 1; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 12; KMR, § 44, Anm. 1 b; Kleinknecht, § 44, Rdnr. 2; Roxin, § 22, B V; Brückner in NJW 1954, 1717 (1718);

2) früher § 61 StGB

3) Eb. Schmidt, § 43, Anm. 3 und § 44, Anm. 3; Kalthoener, S. 28 ff; Olshausen, § 61, Anm. 15

4) so OLG Düsseldorf und OLG Neustadt, sowie Dreher, aaO.; ebenso früher KG = GA 72, 350; OLG Bamberg = HESt 2, 215 (216); Frank, § 61, Anm. VIII, 6; Töwe in GS 112, 22 (37)

Andere Vertreter der herrschenden Meinung sehen die Frist des § 77 b StGB zwar als prozessuale Frist an, halten es aber für überflüssig, bei deren Versäumung die Wiedereinsetzungsvorschriften zu bemühen. Vielmehr ergebe sich ohnehin aus der Wendung "unterläßt" in § 77 b StGB, daß die Frist nur zu laufen beginne, wenn es dem Antragsteller tatsächlich und rechtlich möglich sei, den Strafantrag zu stellen [1].

Zum Teil begründet die herrschende Ansicht ihre ablehnende Haltung auch damit, daß die Strafantragsfrist eine Ausschlußfrist [2], bzw. eine absolute Ausschlußfrist [3] sei. Dabei ist die Unterscheidung zwischen Ausschlußfrist und absoluter Ausschlußfrist hier nur von terminologischer Bedeutung. Sachlich stimmen beide Ansichten darin überein, daß § 77 b StGB eine Frist sei, nach deren Ablauf jede Rechtshandlung - mithin auch die Wiedereinsetzung - unzulässig sei.

Demgegenüber bringt die Mindermeinung vor, es sei kein Grund ersichtlich, bei Versäumung der Strafantragsfrist Wiedereinsetzung zu versagen, wenn man den prozessualen Charakter dieser Frist anerkenne [4].

1) Löwe/Rosenberg und KMR, aaO.

2) OLG Düsseldorf, Roxin und Schönke/Schröder, alle aaO.

3) Kleinknecht, vor § 42, Rdnr. 4

4) Eb.Schmidt und Kalthoener, aaO.; Olshausen, aaO., liegt wohl dogmatisch auf der Linie der h.M., will § 44 aber aus Billigkeitsgründen anwenden.

2. Die herrschende Lehre fordert zur Kritik heraus: Es darf heute als unstreitig gelten, daß der Strafantrag nicht dem materiellen Recht zuzuordnen ist, sondern lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung hat. Der Strafantrag ist Prozeßvoraussetzung, mithin Bestandteil des Prozesses selbst [1]. Es ist aus diesem Grunde geradezu zwingend, auch die Frist des § 77 b StGB als prozessuale Frist zu betrachten. Die früher vertretene Ansicht, die Strafantragsfrist sei deshalb keine Prozeßfrist, weil sie keine Frist "im" Prozeß sei [2], weil ihr Lauf an Ereignisse "außerhalb" des Prozesses geknüpft sei [3], ist nicht haltbar. Bereits die Untersuchung zu § 172 Abs. 1 hat gezeigt, daß für eine einschränkende Interpretation des Begriffes der Frist iSd § 44 keinerlei Anhaltspunkte bestehen. Deshalb kann es bei der Prüfung des Merkmals "Frist" nicht darauf ankommen, ob es sich um eine Frist "im" Prozeß handelt, oder um eine Frist, die im Vor- oder Umfeld des eigentlichen Prozesses zu wahren ist [4], wie die Strafantragsfrist. Beide Fälle stellen prozessuale Fristen dar, für die die §§ 44 ff. grundsätzlich gelten.

1) BGHSt 18, 123 (125); RGSt 77, 160 (183); Schäfer in Löwe/Rosenberg, Einl.Kap. 12, Rdnr. 117 m.w.N.
2) KG = GA 72, 350; OLG Bamberg = HESt 2, 215 (216); Frank, § 61, Anm. VIII, 6
3) OLG Neustadt = JZ 1951, 341 (342)
4) Auch bei der Frist des § 172 Abs. 1 handelt es sich nicht um eine Frist "im" Prozeß. Dennoch ist der prozessuale Charakter dieser Frist von keiner Seite geleugnet worden.

Zu untersuchen bleibt die These, die Frist des § 77 b StGB sei keine Frist im Sinne des § 44, weil sie zu den Fristen zähle, nach deren Ablauf Rechtshandlungen generell unzulässig seien [1].

Dieser These kann jedoch angesichts folgender Überlegungen nicht zugestimmt werden: Zu den Fristen, nach deren Ablauf jegliche Rechtshandlungen unzulässig sind - dies sind nach der hier verwendeten Terminologie die absoluten Ausschlußfristen [2] -, zählt sicher die Frist des § 439 Abs. 2. Dort hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich für den Vorrang der Rechtssicherheit vor der materiellen Gerechtigkeit entschieden, indem er bestimmt hat, daß nach Ablauf von 2 Jahren der Antrag auf ein Nachverfahren nicht mehr zulässig ist. Damit ist auch eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung dieser Frist unzulässig, da die bereits vom Gesetzgeber vorgenommene Güterabwägung nicht wieder über die Wiedereinsetzung korrigiert werden darf. Eine derartige gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit findet sich aber in § 77 b StGB nicht. Gleichwohl soll nach herrschender Lehre [3] der Präklusivcharakter dieser Vorschrift auf Rechtssicherheitsinteressen beruhen: Bei der Strafantragsfrist soll aus Gründen der Rechtssicherheit und der öffentlichen Ordnung der Zustand der Unklarheit darüber abgekürzt werden, ob eine Straftat verfolgt werden soll oder

1) Vgl. oben, S. 45 und Fn. 2 und 3 ebenda
2) Vgl. oben, S. 36
3) Vgl. oben, S. 44 Fn. 1

nicht [1]. Diese Begründung überzeugt kaum. Das Gleiche ließe sich auch für die Berufungsfrist, die anerkanntermaßen keine absolute Ausschlußfrist ist, sagen: Es soll aus den genannten Gründen der Zustand darüber abgekürzt werden, ob es beim ersten Urteil bleibt oder nicht.

Im übrigen schwächt die herrschende Meinung ihre eigene Position, wenn sie einerseits die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist des § 77 b StGB strikt ablehnt, andererseits aber zu wiedereinsetzungsgleichen Ergebnissen in den Fällen kommt, in denen dem Antragsteller die Antragstellung tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist [2]. Eine solche Lösung ist inkonsequent. Entweder man erkennt den absoluten Präklusivcharakter der Frist des § 77 b StGB an mit der Folge, daß dann jegliche Rechtshandlungen nach Fristablauf ausgeschlossen sind, oder man hält die Strafantragsfrist für eine relative Ausschlußfrist, gegen deren Versäumung dann auch die Wiedereinsetzung zulässig ist.

Die letztere Lösung ist die überzeugendere. § 77 b StGB zählt nicht zu den absoluten Ausschlußfristen, sondern ist eine relative Ausschlußfrist. Eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung dieser Frist ist zulässig, zumal auch an deren prozessualem Charakter keine vernünftigen Zweifel bestehen können [3].

1) Vgl. z.B. Schönke/Schröder, § 77 b StGB, Rdnr. 1

2) In diesen Fällen soll die Frist des § 77 b StGB bis zum Wegfall des Hindernisses gehemmt sein, vgl. insbesondere Sax in KMR, § 44, Anm. 1 b. Ebenso BGHSt 2, 123; 6, 157; RGSt 73, 114; RG - HRR 1940, Nr. 39; Schönke/Schröder, § 77 b StGB, Rdnr. 19. Anders bereits früher Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 306, wonach die Strafantragsfrist unabhängig davon laufen soll, ob die Antragstellung tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist.

3) Vgl. oben, S. 45 und ebenda Fn. 4

IV. Nach den aus den Einzeluntersuchungen gewonnenen Erkenntnissen fallen unter den Fristbegriff des § 44 somit nicht nur die bei Gericht wahrzunehmenden Fristen, sondern sämtliche prozessuale Handlungsfristen. Das folgt aus der durch die Entstehungsgeschichte der Wiedereinsetzung belegten rechtssystematischen Erwägung, daß die §§ 45 und 46 nur Durchführungsvorschriften sind, die den Normalfall der Wiedereinsetzung im Auge haben. Die vorgenannten Bestimmungen vermögen den Umfang der Wiedereinsetzung nicht einzugrenzen und lassen damit die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung gegen die Versäumung nichtrichterlicher Fristen offen. Nicht unter den Fristbegriff des § 44 fallen die absoluten Ausschlußfristen, zu denen beispielsweise § 439 Abs. 2, nicht aber § 77 b StGB zählt.

Die hier vertretene weite Auslegung des Fristbegriffs führt zu einer Vermehrung der Wiedereinsetzungsmöglichkeiten zugunsten der materiellen Gerechtigkeit. Die dementsprechende Einbuße an Rechtssicherheit erscheint gering. Sie kann deshalb hingenommen werden, weil zum einen die nichtrichterlichen Fristen in der StPO ohnehin die Ausnahme bilden. Darüber hinaus muß auch bei Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer nichtrichterlichen Frist die der Rechtssicherheit dienende Frist des § 45 Abs. 1 gewahrt sowie die einengende sachliche Voraussetzung der Glaubhaftmachung nach § 45 Abs. 2 S. 1 erfüllt sein [1], so daß auch bei weiter Auslegung des Fristbegriffs die Rechtssicherheitsbelange im Wiedereinsetzungsrecht keinesfalls in unvertretbarer Weise vernachlässigt werden.

1) Vgl. oben, S. 22 f.

D. Wiedereinsetzung bei formfehlerhaftem Handeln?

In den Fällen, in denen eine Prozeßhandlung zum Zwecke der Fristwahrung zwar rechtzeitig, aber formunrichtig - etwa unter Verstoß gegen die §§ 344 Abs. 2, 345 Abs. 2 - vorgenommen wird, erhebt sich die Frage, ob dadurch die betreffende Frist gewahrt ist oder ob ein Fall der Fristversäumung im Sinne des § 44 vorliegt.

Früher ist in wortgetreuer Auslegung des § 44 die Ansicht vertreten worden, eine Frist werde auch durch formfehlerhafte Vornahme der fristgebundenen Prozeßhandlung gewahrt: Die Versäumung einer Frist könne nicht mit der Versäumung einer Form identisch sein [1].

1) Löwe/Rosenberg, 20. Aufl., § 44, Anm. 6;
Schwarz, 17. Aufl., § 44, Anm. 1 B;
RG = JW 1909, 330 Nr. 62; OLG Celle =GA 54, 347 (348)

Demgegenüber ist nach heute ganz überwiegender Meinung eine Frist nur dann gewahrt, wenn innerhalb der Frist formrichtig gehandelt wird [1]. Danach liegt bei formfehlerhaftem Handeln ein Fall der Fristversäumnis im Sinne des § 44 vor. Eine Frist - so die Begründung der herrschenden Meinung - sei versäumt, wenn bis zu ihrem Ablauf keine formgerechte Prozeßhandlung vorgenommen werde. Rechtsfolge der Säumnis sowie des Formmangels sei die Unzulässigkeit der betreffenden Prozeßhandlung. Die Unzulässigkeit trete aber immer erst durch den Fristablauf ein. So ändere beispielsweise die formfehlerhafte Einlegung oder Begründung der Revision nichts daran, daß die Revision erst mit Ablauf der Frist unzulässig werde. Das Unterlassen

1) Sarstedt in JR 1955, 29; Sax in KMR, § 44, 1a; Kohlhaas in NJW 1955, 742; Warda in MDR 1957, 717; Wendisch in Löwe/Rosenberg, Rdnr. 11 zu § 44; Dittmar in MDR 1975, 273; BGH, Beschluß vom 17.9.1954, 5 StR 493/54, zitiert bei Sarstedt, aaO.; OLG Hamm = NJW 1956, 1571, JMinBlNRW 1963, 147 sowie MDR 1978, 507; BayObLG = Rpfl. 1960, 213; OLG Frankfurt, Beschluß vom 7.6.1961, 1 Ws 492/61, zitiert bei Pentz in NJW 1962, 1236, Fußnote 12; OLG Hamburg = NJW 1965, 312

der Nachbesserung des Formfehlers führe zur Fristversäumnis. Von Versäumung der vorgeschriebenen Form könne daher keine Rede sein.

Der Wortlaut des § 44 scheint in der Tat die Auffassung der eingangs angeführten Mindermeinung, der sich in neuerer Zeit auch Pentz [1] und Kaiser [2] angeschlossen haben, eindeutig zu bestätigen: in § 44 ist nur von Versäumung einer Frist, nicht aber von Versäumung einer Form die Rede. Eine allein auf diesem Umstand beruhende Beweisführung ist jedoch zu vordergründig. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung fehlt es hier an einer eingehenderen Untersuchung, ob die Außerachtlassung der Form nicht auch zur Fristversäumung führen kann. Auf dieses Kernproblem gehen auch Pentz und Kaiser nicht ein. Pentz meint [3], die herrschende Ansicht übersehe, daß nach § 44 nicht schon das Nichtstun, sondern nur die Unmöglichkeit, eine konkret beabsichtigte Handlung fristgerecht vorzunehmen, die Wiedereinsetzung zulasse. Es müsse daher geprüft werden, ob der Fehler innerhalb der Frist bemerkt worden ist, und ob er noch fristgerecht behoben werden sollte. Damit sagt Pentz aber lediglich etwas Selbstverständliches, nämlich daß auch für den Fall der Wiedereinsetzung bei formunrichtiger Prozeßhandlung die Frage des Verschuldens nach § 44 geprüft werden muß. Eine brauchbare Begründung lassen schließlich auch die Ausführungen von Kaiser [4] vermissen, der sich des Problems entledigen

1) NJW 1965, 773
2) NJW 1975, 338 (339)
3) aaO.
4) aaO.

will, indem er meint, die Wiedereinsetzung bei formunrichtigen Prozeßhandlungen sei deshalb zu versagen, weil das Risiko der Qualität des Verteidigers nicht über die Wiedereinsetzung gelöst werden könne.

Die herrschende Lehre verdient Zustimmung. Für sie spricht der folgende, sich aus dem Gesetz selbst ergebende Aspekt, auf den das OLG Hamm [1] aufmerksam gemacht hat: § 35 a ordnet an, daß die Rechtsmittelbelehrung nicht nur hinsichtlich der Frist, sondern auch hinsichtlich der Form zu erfolgen hat. Fehlt es daran, so ist bei Säumnis der absolute Wiedereinsetzungsgrund des § 44 S. 2 gegeben. Wenn nun lediglich ungenutztes Verstreichenlassen der Frist eine Fristversäumnis im Sinne des § 44 wäre, dann hätte es ausgereicht, die unterbliebene Belehrung über die Frist zum Wiedereinsetzungsgrund zu erheben. Dies ist aber gerade nicht geschehen. Damit liegt § 44 der Gedanke zugrunde, daß eine Frist sowohl durch Verstreichenlassen als auch durch formfehlerhafte Ausnutzung versäumt werden kann.

1) NJW 1956, 1571 (1572); vgl. auch Kalthoener, S. 42

E. Kann Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Revisionsrügen gewährt werden ?

Die Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Revisionsrügen ist ein seit langem umstrittenes und außerordentlich vielschichtiges Problemfeld, das eine intensive Erörterung fordert.

I. Zunächst soll die Frage geklärt werden, in welchen Wiedereinsetzungsfällen die obige Problemstellung überhaupt zum Tragen kommt.

Der Normalfall einer Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer Frist zur Begründung der Revision (§ 345 Abs. 1) ist so beschaffen, daß der Angeklagte ohne eigenes Verschulden verhindert ist, innerhalb der Frist irgendeine Revisionsbegründung (§ 344) wirksam, d.h. rechtzeitig und formrichtig, anzubringen. Unter diesen Voraussetzungen bestehen keinerlei Schwierigkeiten: Gemäß § 44 S. 1 ist hier Wiedereinsetzung regelmäßig zu gewähren [1].

Diskussionswürdig sind aber diejenigen Wiedereinsetzungsfälle, in denen der Angeklagte innerhalb der Revisionsbegründungsfrist bereits eine oder mehrere Revisionsrügen angebracht hat und dann nach Ablauf der Frist noch einzelne Rügen nachholen will. Dabei ist zu trennen zwischen dem Nachholen von Sachrügen und dem Nachholen von Verfahrensrügen. Beide Varianten sind von sehr unterschiedlicher Bedeutung.

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Verfahrensrügen hat die Gerichte immer wieder beschäftigt. Sie ist Gegenstand eines lange bestehenden Streites.

1) Bei Versäumung der Revisionsfrist tritt neben § 44 der Rechtsbehelf des § 346 Abs. 2 (für die Berufung § 319 Abs. 2), vgl. Kleinknecht, § 44 Rdnr. 2

Demgegenüber lassen sich für die Frage nach der Zulässigkeit des Nachholens von Sachrügen kaum Nachweise finden. Wo sie behandelt ist [1], wird eine Wiedereinsetzung jedenfalls für die Fälle abgelehnt, in denen eine allgemeine oder spezielle Sachrüge fristgerecht angebracht worden ist, und nur einzelne Sachrügen nachgeschoben werden sollen: Für eine Wiedereinsetzung bezüglich einzelner Sachrügen fehle von vornherein der Anlaß, da bereits die fristgerecht angebrachte allgemeine, aber auch die spezielle Sachrüge zur Überprüfung des Urteils im gesamten Umfange führe [2]. Der Angeklagte erleide daher auch keinen Rechtsnachteil, wenn er die Anbringung einer einzelnen Sachrüge versäume, so daß schon die Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung nicht gegeben sei [3].

Diese Ansicht ist im Ergebnis zutreffend, in der Begründung jedoch zu unscharf. Es wird nicht hinreichend deutlich, an welcher Voraussetzung es fehlen soll, wenn davon gesprochen wird, der Angeklagte erleide in den Fällen der vorliegenden Art keinen Rechtsnachteil, bzw. der Wiedereinsetzung fehle von vornherein der Anlaß.

Die fehlende Voraussetzung kann jedenfalls nicht die Beschwer sein, da die Beschwergrundsätze der Rechtsmittelverfahren - wie oben aufgezeigt (S. 31 ff.) - auf die Wiedereinsetzung nicht übertragbar sind. Eine überzeugende Begründung liefert aber die Figur des allgemeinen

1) BGHSt 1, 44 (46); Jagusch in LM, Nr. 1 zu § 44; Kalthoener, S. 44; Kleinknecht, § 345 Rdnr. 3

2) BGH aaO.; Jagusch, aaO

3) Kalthoener, aaO.

Rechtsschutzbedürfnisses [1]. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist zu verneinen, wenn der vom Gesetz vorgesehene Rechtsbehelfsweg unnötig, zweckwidrig oder mißbräuchlich beschritten wird [2].

Für die hier zu beurteilenden Fälle gilt danach folgendes: Nicht nur die allgemeine, sondern auch die spezielle Sachrüge führt regelmäßig zur Überprüfung des gesamten Urteils in materiellrechtlicher Hinsicht; jede spezielle Sachrüge enthält die allgemeine Sachrüge [3]. Angesichts dieses Umstandes ist es überflüssig, über den Weg der Wiedereinsetzung eine einzelne versäumte Sachrüge nachzuholen. Ein derartiger Wiedereinsetzungsantrag muß mangels allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig verworfen werden. Er kann allerdings im Einzelfall den Effekt haben, die dem Revisionsgericht ohnehin obliegende Prüfungspflicht in die gewünschte Richtung zu lenken [4].

1) Vgl. oben, S. 33

2) Löbbecke, aaO., S. 51

3) BGH = JZ 1951, 727

4) Sax in KMR, § 44, Anm. 16

Anders liegen jedoch diejenigen Fälle des Nachholens von Sachrügen, in denen der Angeklagte innerhalb der Frist des § 345 Abs. 1 lediglich die Verfahrensrüge anbringt, die Sachrüge hingegen ohne Verschulden des Angeklagten verspätet eingeht [1]. Hier droht dem Angeklagten sehr wohl ein Rechtsnachteil, da die verspätete Sachrüge zunächst unzulässig ist und erst durch Gewährung der Wiedereinsetzung wirksam werden kann. Hier ist das Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Für diese Sonderfälle des Nachholens von Sachrügen muß das in der folgenden Untersuchung zu gewinnende Ergebnis daher ebenfalls Gültigkeit haben.

II. 1. Das Reichsgericht lehnte eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen von Revisionsrügen kategorisch ab [2].

a) Die grundlegende Entscheidung ist RGSt 24, 250. Dort hatte sich das RG mit folgendem Fall zu befassen [3]: Ein Angeklagter hatte gegen seine vorinstanzliche Verurteilung frist- und formgerecht Revision eingelegt (§ 341) und innerhalb der Revisionsbegründungsfrist unter Wahrung der Form des § 345 Abs. 2 die allgemeine Sachrüge angebracht. Kurz vor Ablauf der Frist wechselte er seinen Verteidiger. Dieser neue Verteidiger begehrte Einsicht in die Prozeßakten, anhand derer er Verfahrensmängel feststellen und begründen wollte. Da die

1) Einen solchen Sonderfall behandelt z.B. BGHSt 14, 330

2) RGSt 24, 250; RG = Das Recht 1909 Nr. 3501; 1914 Nr. 718; 1922 Nr. 1743; 1926 Nr. 1743; RG = JW 1928 2718; 1935; 1636

3) Der Sachverhalt ist in der Entscheidung nicht enthalten, läßt sich jedoch leicht aus den Entscheidungsgründen rekonstruieren.

Akten innerhalb der Frist jedoch nicht mehr verfügbar waren, wurde die Rüge der Verletzung formellen Rechts erst nach Fristablauf angebracht, verbunden mit einem Wiedereinsetzungsantrag.

Das RG lehnte den Wiedereinsetzungsantrag ab und begründete dies hauptsächlich mit einer wortgetreuen Auslegung des Merkmals der Fristversäumung i.Sd § 44:

> § 44 spreche im Gegensatz zu den §§ 208 ff. ZPO (heute: §§ 233 ff) nicht von Versäumung einzelner Prozeßhandlungen, sondern von Versäumung einer Frist. Deshalb sei es nicht im Sinne der StPO, Wiedereinsetzung auch in solchen Fällen zuzulassen, in denen an sich die Frist zur Einlegung und Verfolgung eines Rechtsmittels nicht versäumt sei, das Rechtsmittel vielmehr frist- und formgerecht angebracht worden sei (nämlich durch Anbringung der Sachrüge), wohl aber die Begründung eine unvollständige geblieben sei.

In einer Hilfsbegründung beschäftigt sich das RG dann mit der Frage, ob die mangelnde Aktenkenntnis des Verteidigers einen "unabwendbaren Zufall" [1] i.Sd § 44 darstellt.

1) Nach der alten Fassung des § 44 war Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn der Antragsteller durch "Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" an der Einhaltung der Frist verhindert war. Die seit dem 1.1.1975 aufgrund des 1. StVRG in Kraft befindliche Fassung stellt darauf ab, ob die Frist "ohne Verschulden" versäumt wurde. Inhaltlich ist dadurch allerdings keine Änderung eingetreten, vgl. hierzu oben, S. 3 f.

b) Wenn sich das RG für seine Unterscheidung zwischen Versäumung einer Frist und Versäumung einer Prozeßhandlung auf die vermeintlich unterschiedliche Fassung von Zivil- und Strafprozeßordnung beruft, so übersieht es, daß zwar im § 208 ZPO alter Fassung (heute in unveränderter Form § 230 ZPO) die Rede von Versäumung einer Prozeßhandlung ist, daß aber die für die Wiedereinsetzung maßgebliche Vorschrift des § 211 ZPO alter Fassung (heute unverändert § 233 ZPO) genauso wie § 44 von Versäumung einer "Frist" spricht. Darauf hat schon RGZ 121, 5 (6) mit Recht hingewiesen.

Der von RGSt 24, 250 gegebenen Begründung kann insoweit also nicht gefolgt werden.

Darüber hinaus muß aber auch die auf den speziellen Einzelfall der verspäteten Akteneinsicht bezogene Hilfsbegründung [1)] auf Bedenken stoßen. Dort verneint das RG das Merkmal des "unabwendbaren Zufalls" iSd § 44 alter Fassung, indem es dem Angeklagten zum Vorwurf macht, es beruhe auf seiner willkürlichen Entscheidung, daß er den Verteidiger gewechselt und damit bewirkt habe, daß dieser in Unkenntnis der Vorgänge der Hauptverhandlung am letzten Tag der Revisionsbegründungsfrist Akteneinsicht begehrte, die ihm aber nicht gewährt werden konnte. Dabei verkennt das RG aber, daß gerade der letztere Umstand,

1) Pentz in NJW 1962, 1236 (1237), Fußnote 22, meint, durch die Aufzählung von Hilfserwägungen lasse das RG noch Zweifel aufkommen, ob es künftig an dieser Rechtsprechung festhalten wolle. Sollte das RG an dieser Stelle so zu verstehen sein, so sind diese Zweifel in späteren Entscheidungen jedenfalls nicht bestätigt worden (vgl. oben S. 57, Fn. 2). Dort hat das RG das Nachholen einzelner Revisionsrügen immer ohne jede Einschränkung abgelehnt.

nämlich daß die Akten für den Verteidiger in der Frist nicht mehr verfügbar waren, überhaupt nicht vom Angeklagten veranlaßt werden konnte, sondern allein im Verantwortungsbereich der Gerichte lag und somit für den Angeklagten "unabwendbar" war. Fraglich kann allenfalls sein, ob der Angeklagte bei Vornahme des Verteidigerwechsels davon ausgehen mußte, daß dem neuen Verteidiger eine rechtzeitige Revisionsbegründung nicht mehr möglich sein würde [1]. Diese Frage erörtert das RG aber überhaupt nicht. Nur wenn sie bejaht werden könnte, wäre dem Angeklagten ein eigenes Verschulden bei der Fristversäumung anzulasten, nicht aber schon allein aufgrund des Umstandes, daß er seinen Verteidiger gewechselt hat.

Die Gedanken des RG zur Problematik der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen verdienen somit insgesamt keine Zustimmung.

2 a) Der Bundesgerichtshof will an der Ablehnung einer Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Revisionsrügen jedenfalls für die Fälle festhalten, in denen der Angeklagte und sein Verteidiger in der tat-

1) In einem solchen Fall hat BGH = MDR 1956, 11 Mitverschulden des Angeklagten angenommen und eine Wiedereinsetzung abgelehnt.

richterlichen Hauptverhandlung anwesend waren [1]. Dieser Grundsatz ist von BGHSt 14, 330 [2] ausdrücklich bestätigt worden. Zwischenzeitlich [3] ist diese Rechtsprechung auch auf die Fälle ausgedehnt worden, in denen der Verteidiger eines Mitangeklagten mit der Revisionseinlegung betraut wurde. Im Gegensatz zu diesen auf den Einzelfall zugeschnittenen Entscheidungen hat der BGH einmal [4] sogar ausgeführt, "regelmäßig" könne in den Fällen des Nachholens von Revisionsrügen Wiedereinsetzung nicht gewährt werden. Es sei - so die Begründung - nicht die Revisionsbegründungsfrist, sondern lediglich die Gelegenheit versäumt worden, die Revisionsbegründung zu vervollständigen. Mit dieser Entscheidung, die erfreulicherweise nie wieder aufgegriffen worden ist, hat der BGH vorübergehend einen Rückschritt zur starren Haltung des RG getan. So ist dann auch die vom BGH gegebene Begründung nichts anderes als eine Wiederholung eines bereits vom RG formulierten Gedankens [5]. Im Grunde kann von einer tauglichen Begründung gar keine Rede sein. Die Aussage, in den Fällen des Nachholens von Revisionsrügen sei lediglich die Gelegenheit versäumt worden, die

1) BGHSt 1, 44

2) aaO., S. 330, 331

3) BGH, Beschluß vom 18.2.1955, 1 StR 22/55, zitiert bei Kohlhaas in NJW 1955, 742

4) BGH = NJW 1951, 572

5) RG = JW 1928, 2718 Nr. 17

Revisionsbegründung zu vervollständigen, beinhaltet eine ohnehin selbstverständliche Feststellung, die jedoch in der Frage der Fristversäumnis nicht weiterhilft [1].

Schließlich drängt sich in der Entscheidung BGHSt 17, 94 der Eindruck auf, der BGH wolle seine bisherige Rechtsprechung zur Frage des Nachholens von Revisionsrügen insgesamt in Zweifel ziehen. Dort meint der BGH, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Rügen könne "jedenfalls dann nicht mehr" in Betracht gezogen werden, wenn das Verfahren durch eine im Revisionsrechtszug erlassene Sachentscheidung zum Abschluß gekommen sei [2] [3].

Möglicherweise wollte der BGH mit dieser Formulierung andeuten, daß er in allen übrigen Fällen des Nachholens von Revisionsrügen ein gegenteiliges Ergebnis für vertretbar halte. Lange hat der BGH seine an der bisherigen Rechtsprechung angedeuteten Zweifel jedoch offensichtlich nicht bewahrt, denn 1965 und zuletzt 1970 hat er seine ursprüngliche Rechtsprechung erneut bekräftigt [4].

b) Grundlegend ist die bereits oben genannte Entscheidung BGHSt 1, 44. Dort hatte das Wiedereinsetzungsverfahren - wie in RGSt 24, 250 - den Fall zum Gegenstand, daß der Verteidigung, die aus dem Protokoll Verfahrensfehler begründen wollte, die Akten nicht

1) Ähnlich Kalthoener, S. 46

2) Ebenso BGHSt 23, 102 (103)

3) Vgl. ausführlich zu dieser Problematik unten, S. 96 ff.

4) Unveröffentlichte Beschlüsse, BGH Beschluß vom 30.7.1965, 4 StR 317/65, zitiert bei Willms in NJW 1965, 2234; BGH Beschlüsse vom 14.4.1970, 1 StR 461/69, bzw. vom 27.10.1970, 1 StR 365/70, zitiert bei Kaiser in NJW 1975, 338 (339)

innerhalb der Revisionsbegründungsfrist zur Verfügung gestellt werden konnten. Bezüglich der - infolge der verspäteten Einsichtnahme in das Sitzungsprotokoll - nachträglich angebrachten Verfahrensrüge will der BGH keine Wiedereinsetzung zulassen [1]:

> Zwei Interessen lägen im Widerstreit: Auf der einen Seite das Bedürfnis des Angeklagten, seine Beschwerden möglichst erschöpfend vorbringen zu können, auf der anderen Seite das öffentliche Interesse daran, daß ein geordneter Fortgang des Verfahrens gesichert und ohne Verzögerung eine klare Verfahrenslage geschaffen werde. Für die Abwägung beider Interessen sei es von Bedeutung, daß ein berechtigtes Empfinden des Angeklagten, mit einem Verfahrensfehler beschwert zu sein, seine Grundlage in den tatsächlichen von ihm miterlebten Vorgängen der Hauptverhandlung und nicht in der Fassung des Sitzungsprotokolls habe [2].

aa) Im Gegensatz zu RGSt 24, 250, das - prüfungstechnisch völlig richtig - im Rahmen des § 44 zunächst die Frage der Fristversäumung und anschließend das Merkmal "unabwendbarer Zufall" untersucht, geht der BGH auf diese beiden Tatbestandsmerkmale überhaupt nicht ein. Lediglich dem Leitsatz der Entscheidung kann entnommen werden, daß der BGH für die Fälle

1) aaO., S. 46

2) Der letzte Satz der Begründung erinnert stark an eine Hilfsargumentation von RGSt 24, 250, in der das RG gemeint hatte, die Unkenntnis der Gerichtsakten sei keineswegs ein Hinderungsgrund für die Anbringung von Verfahrensrügen, denn diese beruhten auf den von den Beteiligten miterlebten Vorgängen der Hauptverhandlung und nicht auf der Fassung des Sitzungsprotokolls.

des Nachholens von Revisionsrügen die Auffassung vertritt, eine Fristversäumung fSd § 44 liege nicht vor [1]. Die eigentliche Prüfung des BGH beschränkt sich auf eine Interessenabwägung. Diese Umgehung der Tatbestandsmerkmale des § 44 ist jedoch von der Methode her äußerst fragwürdig.

bb) Abgesehen davon weiß die Interessenabwägung des BGH aber auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Richtig ist allerdings die Ausgangsfeststellung, es bestehe (in den Fällen des Nachholens einzelner Rügen) ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Angeklagten, seine Beschwerden vollständig vortragen zu können, und dem öffentlichen Interesse an unverzögertem Verfahrensgang und klarer Verfahrenslage. Abstrahiert man diese beiden Interesseninhalte, so steht auf der einen Seite die materielle Wahrheit, mithin die Gerechtigkeit, auf der anderen Seite die Rechtssicherheit. Daß diese beiden Rechtsstaatsprinzipien in Widerspruch zueinander treten können, ist anerkannt. Die Bewältigung dieses Spannungsverhältnisses ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers [2]. Nun hat aber der Gesetzgeber die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen gerade nicht speziell geregelt. Ob jetzt allerdings, wie der BGH meint, die Interessenabwägung deshalb zugunsten der Rechtssicherheit ausfallen darf, weil "ein berechtigtes Empfinden des Angeklagten, durch einen Verfahrens-

1) Vgl. Leitsatz, S. 44: "ist die Revisionsbegründungsfrist gewahrt ..."

2) Vgl. oben, 2. Teil, Kap. E, S. 20

fehler beschwert zu sein, seine Grundlage in den tatsächlichen von ihm miterlebten Vorgängen der Hauptverhandlung und nicht in der Fassung des Sitzungsprotokolls" haben soll, erscheint aus zweierlei Gründen mehr als fraglich.

Erstens lassen sich bei Durchsicht der strafprozessualen Rechtsmittelvorschriften sowie der Vorschriften über das Sitzungsprotokoll für die vorstehende Aussage des BGH keinerlei Anhaltspunkte finden [1]. Zum zweiten beinhaltet die Aussage auch keinesfalls einen feststehenden Erfahrungssatz, der anstelle gesetzlicher Grundlage die Interessenabwägung des BGH würde stützen können. Dieser vermeintliche Erfahrungssatz soll nach der vom BGH gegebenen Umschreibung offenbar den Inhalt haben, daß der Angeklagte Verfahrensstöße selbst oder aufgrund eines Hinweises seines Verteidigers bemerkt ("empfindet"), sobald sie geschehen, so daß deshalb ein Zurückgreifen auf das Sitzungsprotokoll überhaupt nicht erforderlich ist [2]. Kohlhaas [3] gibt hiergegen indessen zu Recht zu bedenken, daß es Verfahrensverstöße gebe, die der Angeklagte in der Hauptverhandlung zwar sofort erkenne, die der Verteidiger jedoch, ohne das Protokoll zu kennen, nicht substantiieren kann und deshalb zurückstellen muß. Die falsche Ablehnung von Beweisanträgen, so argumentiert Kohlhaas einleuchtend weiter, geschehe mitunter so

1) Wie unten (S. 68 ff.) noch gezeigt werden wird, geht der Gesetzgeber in den Vorschriften über das Sitzungsprotokoll eher vom Gegenteil aus.

2) So versteht wohl auch Sarstedt, "Die Revision in Strafsachen", S. 86, Fn. 24, den BGH

3) NJW 1955, 742

schnell, daß sie in der Hauptverhandlung nicht richtig erfaßt werden könne. Der Verdacht der Beteiligung eines vereidigten Zeugen (Verstoß gegen § 60 Ziff. 2) ergebe sich oft erst aus den Urteilsgründen und werde dann ebenfalls nicht sogleich in der Hauptverhandlung bemerkt. Schließlich stellt Sarstedt [1] zutreffend fest, daß auch die Aufklärungsrüge bisweilen eingehendes Aktenstudium erforderlich macht. Diese Beispiele zeigen, daß es eine Reihe von Verfahrensverstößen gibt, die nicht ohne weiteres allein aufgrund des Eindrucks der Hauptverhandlung erkannt werden können, bzw. ohne Einsichtnahme in das Sitzungsprotokoll und das Aktenmaterial nicht substantiiert werden können. Einen feststehenden und unverbrüchlichen Erfahrungssatz stellt die der Interessenabwägung des BGH zugrunde liegenden Aussage nicht dar.

Der von BGHSt 1, 44 gewiesene Weg zur Lösung des Interessenkonflikts zugunsten der Rechtssicherheit ist somit nicht gangbar, da er weder auf gesetzlicher Grundlage noch auf einem feststehenden Erfahrungssatz beruht.

Auch Kalthoener [2] lehnt die Interessenabwägung des BGH ab und führt dazu mit Recht aus, der Angeklagte müsse grundsätzlich jeden Verfahrensverstoß rügen können und nicht nur diejenigen Verstöße, die er in der Hauptverhandlung bemerke. Es dürfe nicht auf die Art, wie der Angeklagte von dem Verfahrens-

1) S. 86, Fn. 24
2) S. 49, 50

mangel Kenntnis erlangt habe, abgestellt werden, sondern auf die Schwere des Verstoßes.

Auch in der dem BGH grundsätzlich folgenden Literatur ist die Interessenabwägung auf Kritik gestoßen. Sarstedt [1] bezweifelt, ob hier das öffentliche Interesse an der Schnelligkeit des Verfahrens tatsächlich so hoch zu bewerten ist, wie der BGH glaubt [2]. Dabei weist Sarstedt auf die in der Justizverwaltung vorkommenden Verzögerungen während des Revisionsverfahrens hin [3]. Der Kritik Sarstedts ist allerdings insofern begegnet worden, als die Revisionsbegründungsfrist durch das 1. StPÄG vom 19.12.1964 von 2 Wochen auf einen Monat verlängert worden ist.

cc) Damit sind die Vorwürfe gegen den BGH aber noch nicht erschöpft. Die Folgerung des BGH, das Sitzungsprotokoll dürfe zur Begründung von Verfahrensrügen nicht herangezogen werden, bietet Anlaß zu weiterer Kritik.

Das OLG Frankfurt [4] und Pentz [5] meinen, die Rechte des Angeklagten würden unter Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in unzulässiger Weise beschnitten, wenn der Angeklagte eine Rüge deshalb nicht ordnungsgemäß erheben könne, weil seinem Verteidiger entgegen dem Regelfall die Akten nicht offengelegt werden können.

In der Tat scheint der BGH bezüglich der Frage,

1) S. 86, Fn 24

2) aaO.

3) Sarstedt berichtet, daß im Fall BGHSt 1, 44 ein Schreiben vom LG zum BGH 24 Tage unterwegs war.

4) NJW 1963, 1972

5) NJW 1962, 1236 (1237)

ob die Revision anhand des Sitzungsprotokolls begründet werden darf, mit zweierlei Maß zu messen. In der Entscheidung BGHSt 7, 162 (165) [1] befindet er: Zwar sei das Sitzungsprotokoll grundsätzlich nicht zum Heraussuchen von Verfahrensrügen bestimmt [2], allerdings könne man den Verteidiger nicht daran hindern, dies dennoch zu tun.

Während also normalerweise ein Verstoß gegen das Verbot des Heraussuchens von Verfahrensrügen aus dem Sitzungsprotokoll gestattet wird und ohne verfahrensrechtliche Folgen bleibt, soll in den Fällen, in denen das Protokoll während der Revisionsbegründungsfrist nicht offengelegt werden kann, ein Zurückgreifen auf dieses Protokoll verwehrt sein mit der Folge, daß der Angeklagte sein vielleicht begründetes Rechtsmittel verliert. Eine Begründung für diese Ungleichbehandlung ist der BGH bisher schuldig geblieben; sie wird sich auch nicht finden lassen.

Die Kritik des OLG Frankfurt und Pentz ist berechtigt.

dd) Das OLG Hamm [3] wirft dem BGH sogar vor, er berücksichtige nicht den Willen des Gesetzgebers, wenn er der Verteidigung die Möglichkeit des Nachholens einzelner Rügen anhand des Sitzungsprotokolls nehme. Das OLG führt zur Begründung aus:

> Gemäß § 273 Abs. 4 in der Fassung des 4. StPÄG vom 19.12.1964 dürfe das Urteil nicht zugestellt werden, bevor das Protokoll

1) Dort handelte es sich um einen Fall, in dem zwar die Revisionsbegründung rechtzeitig angebracht worden war, der Verteidiger die Begründung jedoch anhand des Protokolls angefertigt hatte, da er in der Hauptverhandlung nicht zugegen war.

2) So schon RG = HRR 1940 Nr. 343

3) Beschluß des 3. Strafsenats vom 15.3.1973, 3 Ss 213/73 in GA 1973, 210

fertiggestellt sei. Durch diese Neufassung habe der Gesetzgeber sicherstellen wollen, daß der Verteidiger die Revisionsbegründungsfrist auch durch Einsicht in das Sitzungsprotokoll sachgerecht nutzen könne. Damit habe der Gesetzgeber das Interesse der Verteidigung als berechtigt anerkannt, Verfahrensfehler im Sitzungsprotokoll feststellen und Verfahrensrügen anhand des Sitzungsprotokolls begründen zu können. Angesichts dieser jetzt in der StPO zum Ausdruck gebrachten Ansicht erscheine es nicht mehr zulässig, den Angeklagten und seinen Verteidiger auf die miterlebten Vorgänge in der Hauptverhandlung zu verweisen, und die Einsichtnahme in das Sitzungsprotokoll als dafür weniger bedeutsam anzusehen.

Ob die Auffassung des OLG Hamm zutrifft, soll nunmehr anhand des Gesetzgebungsverfahrens zu § 273 Abs. 4 verfolgt werden.

Die Bundesregierung erläutert den Zweck des § 273 Abs. 4 in ihrer amtlichen Begründung [1] folgendermaßen:

"Der neue Absatz des § 273 will in Anlehnung an Artikel 70 Ziff. 149 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz sicherstellen, daß das Urteil erst zugestellt wird, wenn das Protokoll fertiggestellt, also von den beiden Urkundsbeamten unterschrieben ist, sich bei den Akten befindet und vom Verteidiger eingesehen werden kann. Die Vorschrift

1) BT Drucksache IV/178 (Band 76)

> hat besondere Bedeutung für das Revisionsverfahren, weil die Frist für die Revisionsbegründung in der Regel mit der Zustellung des Urteils beginnt, der Verteidiger aber die Möglichkeit haben muß, spätestens mit Beginn dieser Frist das Protokoll einzusehen, um seine Rechtsmittel zweckmäßig begründen zu können ..."

Die amtliche Begründung bringt unmißverständlich zum Ausdruck, daß der Verteidiger während der Revisionsbegründungsfrist die Möglichkeit haben soll, das Sitzungsprotokoll einzusehen, um mit dessen Hilfe seine Rechtsmittel begründen zu können. Diese dem § 273 Abs. 4 beigegebene Zweckbestimmung ist im Verlaufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens auf keinerlei Widerspruch gestoßen, so daß darin der objektivierte Wille des Gesetzgebers zu sehen ist [1].

Hiernach darf dem Angeklagten jedenfalls eine Wiedereinsetzung nicht mit der Begründung verwehrt werden, Verfahrensrügen müßten sich grundsätzlich auf die in der Hauptverhandlung miterlebten Vorgänge gründen und dürften nicht auf das Sitzungsprotokoll gestützt werden.

Dies hat der 3. Strafsenat des OLG Hamm richtig erkannt. Das OLG Oldenburg [2] und der 4. Strafsenat des OLG Hamm [3] haben die Bedeutung des § 273 Abs. 4

1) Vgl. auch Börtzler in MDR 1972, 185

2) NJW 1968, 64

3) Entscheidung vom 3.5.1974, 4 Ss 210/74 in NJW 1974, 1914, sowie die dort zitierte Entscheidung vom 8.9.1972, 4 Ss 205/72

für die Problematik des Nachholens einzelner Revisionsrügen bisher offensichtlich übersehen, da sie auch noch nach Inkrafttreten des 4. StPÄG Wiedereinsetzung für die Fälle verspäteter Akteneinsicht abgelehnt haben. In neuerer Zeit scheint sich allerdings eine Wende in der BGH - Rechtsprechung anzudeuten. Während der BGH noch im Jahre 1970 eine Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen für Fälle verspäteter Akteneinsicht abgelehnt hat [1], hat er 1973 bei gleicher Fallgestaltung zweimal Wiedereinsetzung gewährt [2].

3 a) Der von BGHSt 1,44 aufgestellte Grundsatz, daß eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen von Revisionsrügen jedenfalls dann unzulässig sei, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger in der Hauptverhandlung anwesend waren, hat die Möglichkeit offengelassen, in Fällen, in denen diese Prämisse nicht gegeben ist, anders zu entscheiden. So hat dann auch das BayObLG [3] Wiedereinsetzung zum

1) Unveröffentlichte Beschlüsse vom 14.4.1970 und vom 27.10.1970, 1 StR 461/69, bzw. 1 StR 365/70 zitiert bei Kaiser in NJW 1975, 338 (339)

2) Unveröffentlichte Beschlüsse vom 21.3.1973 und vom 30.5.1973, 2 StR 366/72, bzw. 2 StR 125/73 zitiert bei Kaiser, aaO

3) JR 1960, 145

Nachholen einer einzelnen Verfahrensrüge für einen Fall gewährt, in dem ein nach § 412 verurteilter Angeklagter Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt hatte (§ 341 Abs. 1) und hinsichtlich der Revisionsbegründung (§ 345 Abs. 2) vom Urkundsbeamten falsch beraten worden war. Ebenso hat das OLG Celle [1] einem Wiedereinsetzungsantrag in einem Fall stattgegeben, in dem der Angeklagte hirnverletzt war und in der Hauptverhandlung ohne Verteidiger gewesen ist.

Aber auch bei gleichzeitiger Anwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers in der Hauptverhandlung hat die Rechtsprechung wiederholt Ausnahmen von BGHSt 1, 44 zugelassen. Vermutlich stand dahinter die zutreffende Erwägung, daß der Angeklagte trotz seiner und seines Verteidigers Anwesenheit in der Hauptverhandlung gleichwohl verhindert sein kann, die ihn beschwerenden Verfahrensverstöße rechtzeitig zu rügen [2]. In diesem Sinne hat der BGH selbst [3] das Nachholen einer einzelnen Rüge in einem Fall gestattet, in dem der Verteidiger des Angeklagten während der Revisionsbegründungsfrist verstorben war. Ebenso hat der BGH [4] auch für einen Fall entschieden, in dem der Angeklagte während der Revisionsbegründungsfrist Verfahrensrügen hatte erheben wollen und zu diesem Zweck seine Vorführung vor den Urkundsbeamten verlangt hatte, was ihm aber unter rechtsirrigen Erwägungen - weil er einen Verteidiger habe -

1) GA 1968, 153

2) OLG Stuttgart - GA 1959, 384

3) Beschluß vom 18.2.1959, 4 StR 42/59 zitiert bei Sarstedt, S. 87, Fn 24

4) Beschluß vom 8.5.1962, 5 StR 354/61 bei Sarstedt aaO.

abgeschlagen worden war. Das OLG Stuttgart [1] hat das Nachholen von Verfahrensrügen für einen Fall zugelassen, in dem der Verteidiger innerhalb der Frist § 345 Abs. 1 erkrankte. Das OLG Hamm [2] schließlich hat einem Wiedereinsetzungsantrag zum Nachholen einer einzelnen Verfahrensrüge stattgegeben, weil ein Urkundsbeamter fristgemäß vorgebrachte Erklärungen des Angeklagten entgegen ihrem rechtlichen Gehalt als Sachrüge anstatt als Verfahrensrüge gewertet hatte.

Obwohl die oben geschilderten Entscheidungen vom Ergebnis her begrüßenswert sind, halten sie ausdrücklich an der vom RG begründeten und vom BGH übernommenen starren Haltung fest, in den Fällen des Nachholens einzelner Verfahrensrügen sei die Revisionsbegründungsfrist überhaupt nicht versäumt, da bereits die Sachrüge form- und fristgerecht angebracht worden sei. So wird also Wiedereinsetzung gewährt, obwohl der Tatbestand des § 44 in Form des Merkmals der Fristversäumung für nicht gegeben erachtet wird. In diesen Zwiespalt wären die oben genannten Gerichte möglicherweise nicht gekommen, wenn sie die festgefahrene Auffassung zur Frage der Fristversäumung noch einmal überdacht hätten, anstatt Billigkeitsentscheidungen zu treffen und sich dabei in Widerspruch zum gesetzlichen Tatbestand des § 44 zu begeben.

1) GA 1959, 384

2) Rpfl. 1960, 213

b) Grundsätzlich im Fahrwasser der herrschenden Rechtsprechung befinden sich auch drei Entscheidungen [1], auf die es im folgenden näher einzugehen lohnt. Auch sie wollen an der Meinung, in den Fällen des Nachholens von Revisionsrügen liege das Merkmal der Fristversäumung iSd § 44 nicht vor, grundsätzlich festhalten, glauben aber dennoch aufgrund ihrer besonderen Fallkonstellationen, Wiedereinsetzung gewähren zu können.

So hatte das OLG Köln [2] sich mit einem Fall zu befassen, bei dem der Angeklagte durch seinen Verteidiger, der mit ihm an der Hauptverhandlung beider Vorinstanzen teilgenommen hatte, schon bei der rechtzeitigen Revisionseinlegung (§ 341) "Verletzung formellen und materiellen Rechts" rügen ließ. Innerhalb der Revisionsbegründungsfrist erfolgten dann keine weiteren Rügen mehr. Erst nach deren Ablauf begehrte der Angeklagte hinsichtlich einzelner Verfahrensrügen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Das OLG gab dem Antrag mit der Begründung statt, es handele sich im vorliegenden Fall um eine Versäumung der Revisionsbegründungsfrist "insgesamt". Eine zugleich mit der Revisionseinlegung angebrachte Begründung sei nämlich in aller Regel gar keine echte Begründung, sondern nur eine "vorläufige". Da aber dem Angeklagten von Gesetzes wegen das Recht zustehe, alle von ihm als zweckdienlich erachteten

1) OLG Köln = NJW 1952, 558; OLG Braunschweig = NJW 1963, 2038; BGHSt 14, 330

2) aaO.

Rügen geltend zu machen, dürfe man auf diese Sonderfälle die Grundsätze der herrschenden Rechtsprechung nicht übertragen, da andernfalls dem Angeklagten eines seiner wesentlichen Rechte genommen würde.

In die gleiche Richtung zielen die Ausführungen des OLG Braunschweig [1], dem der gleiche Sachverhalt wie beim OLG Köln zur Entscheidung vorlag. Das OLG Braunschweig führt aus: Der herrschenden Meinung zum Nachholen von Revisionsrügen sei grundsätzlich zu folgen; jedoch habe sie Fälle im Auge, in denen die Frist "als solche" gewahrt sei. Hier sei die Revisionsbegründungsfrist aber "im ganzen" versäumt. Wenn die Sachrüge bereits in der Revisionseinlegungsschrift ordnungsgemäß erhoben wurde, so könne darin "bei vernünftiger Betrachtungsweise eine Begründung, für die die Frist des § 345 zu wahren war, nicht gesehen werden."

In der Literatur wird die Ansicht der beiden Oberlandesgerichte von Sax [2] und Pentz [3] geteilt.

1) aaO.

2) KMR, § 44, 1 d, unter ausdrücklicher Berufung auf das OLG Braunschweig

3) NJW 1962, 1237, der wie das OLG Köln von einer "vorläufigen" Rüge spricht.

Gegen die Auffassung spricht, daß sich der Begriff der "vorläufigen" Revisionsbegründung im Gesetz nicht findet [1]. Auch ist nicht einzusehen, warum in den Fällen des Nachschiebens von Revisionsrügen derjenige, der die allgemeine Sachrüge mit der Revisionseinlegung anbringt, besser stehen soll als derjenige, der die allgemeine Sachrüge innerhalb der Revisionsbegründungsfrist erhebt.

Im übrigen begehen die Oberlandesgerichte Köln und Braunschweig sowie die ihnen folgende Literatur den gleichen Fehler, wie auch die übrige herrschende Meinung, indem sie dem § 345 nur eine Frist, nämlich die zur Begründung der Revision, entnehmen wollen. Die Vorschrift des § 345 enthält aber bei näherem Hinsehen nicht nur eine Frist hinsichtlich der das Rechtsmittel zulässig machenden Revisionsanträge und deren Begründung, sondern auch eine Frist bezüglich des Rechtsbegehrens, das Gericht solle einen bestimmten Verfahrensverstoß zum Anlaß nehmen, das angefochtene Urteil aufzuheben. Es ist also zu unterscheiden zwischen Revisionsbegründungsfrist und Rügeerhebungsfrist, die beide gleichzeitig laufen. Da in den Fällen der vorliegenden Art die nachgeschobenen Rügen unbeachtlich sind, weil sie außerhalb der Rügeerhebungsfrist angebracht wurden, muß folgerichtig auch ein Fall der Fristversäumung im Sinne des § 44 vorliegen.

Die vom OLG Köln begründete Auffassung läßt sich somit nicht halten.

1) Vgl. auch Kalthoener, S. 52

c) Zu welch unsauberen Konstruktionen die herrschende Rechtsprechung in einigen Härtefällen greifen muß, um an ihrer Grundhaltung festhalten zu können, zeigt insbesondere die Entscheidung BGHSt 14, 330.

Dort hatte ein Angeklagter nach wirksamer Revisionslegung seinen Verteidiger gewechselt. Der neue Verteidiger fertigte eine Revisionsrechtfertigungsschrift an, in der er die Verletzung mehrerer Verfahrensvorschriften, sowie die Verletzung sachlichen Rechts rügte. Diese Begründungsschrift [1] ging infolge eines für den Angeklagten unabwendbaren Zufalls erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist bei Gericht ein. Inzwischen hatte der frühere Verteidiger - auf fernmündliche Anweisung des neuen Anwalts - die Revisionsbegründung noch auf eine weitere selbständige Verfahrensrüge gestützt [2]. Diese ging innerhalb der Frist des § 345 bei Gericht ein. Hinsichtlich der verspätet angebrachten Rügen begehrte der Angeklagte nunmehr Wiedereinsetzung.

Der BGH gibt dem Wiedereinsetzungsgesuch statt und führt dazu sinngemäß aus:

> Zwar sei grundsätzlich an BGHSt 1, 44 festzuhalten, jedoch sei der zu entscheidende Fall wesentlich von BGHSt 1, 44 verschieden. Während dort eine abgeschlossene Revisionsbegründung eingereicht

1) Vom BGH als "Hauptschrift" bezeichnet

2) Vom BGH als "Nachschrift" bezeichnet

worden sei, die erst nach Ablauf der Frist ergänzt werden sollte, sei man hier bei der Einreichung der Nachschrift - also der vom früheren Verteidiger nachträglich, aber noch innerhalb der Frist eingereichten Begründung - davon ausgegangen, daß der Hauptschriftsatz schon bei Gericht vorliege. Zwar habe die Nachschrift, die eine selbständige Verfahrensrüge enthalte, die Revisionsbegründungsfrist "formell" [1] gewahrt, jedoch sei sie - wie der Hinweis auf ihre "ergänzende" Bedeutung erkennen lasse [2] - nicht dazu bestimmt, für sich allein der Einhaltung der Begründungsfrist zu dienen. Dies sei vielmehr Aufgabe der Hauptschrift gewesen. Der Nachschrift dürfe hinsichtlich der Fristwahrung im ganzen keine selbständige Bedeutung beigemessen werden; sie müsse als Teil der Hauptschrift beurteilt werden.

Wie die oben unter b) besprochene Ansicht ist der BGH auf das Ergebnis aus, die Revisionsbegründungsfrist als insgesamt versäumt ansehen zu können, um damit das Merkmal der Fristversäumung iSd § 44 bejahen und Wiedereinsetzung gewähren zu können. Deshalb will er derjenigen Revisionsbegründung die Rechtswirksamkeit, d.h. die fristwahrende Wirkung absprechen, die die Revisionsbegründungsfrist nur "formell" wahrt. Damit wird die Wirksamkeit

1) Ähnlich schon RG = JR 1925 Nr. 446 in einem Fall, in dem ein Pflichtverteidiger, der weder an der Hauptverhandlung teilgenommen hatte noch das Sitzungsprotokoll oder andere Akten kannte, die "Verletzung materiellen Rechts" rügte. Das RG meinte, die Revisionsbegründung sei eine "rein formale" Erklärung, da der Verteidiger die Gründe, die der Angeklagte habe geltend machen wollen, nicht gekannt habe. Löwe/Rosenberg, 17. Aufl., Anm. 2 e zu § 44 sprechen in einer Kommentierung dieses Falles von "Scheinbegründung".

2) An dieser Stelle macht sich der BGH Ausführungen des Revisionsführers zu eigen.

der Revisionsbegründung aber von einem Merkmal abhängig gemacht, das das Gesetz in den maßgeblichen Vorschriften der §§ 344, 345 überhaupt nicht vorsieht. Weder das Strafprozeßrecht noch andere Prozeßordnungen unterscheiden zwischen "formeller" und "materieller" Fristwahrung.

Auch kann dem BGH methodisch insofern nicht gefolgt werden, als er die in der Nachschrift enthaltene, form- und fristgerecht angebrachte Verfahrensrüge auslegt. Zu diesem Zweck forscht der BGH nach der inneren Einstellung des Angeklagten und seiner Verteidigung bezüglich dieser Rüge. So stellt das Gericht in den Urteilsgründen darauf ab, man "sei" bei Einreichung der Nachschrift "davon ausgegangen", daß die Hauptschrift schon bei Gericht vorliege. Weiter läßt sich der BGH von dem Umstand leiten, daß die Nachschrift nicht dazu "bestimmt" gewesen sei, für sich allein die Begründungsfrist zu wahren. Dies lasse der "Hinweis auf ihre ergänzende Bedeutung" erkennen.

Indessen ist für eine Auslegung der hier in Frage stehenden Verfahrensrüge überhaupt kein Raum. Der BGH hat an anderer Stelle [1] selbst den Grundsatz ausgesprochen, daß Prozeßhandlungen nur dann einer Auslegung zugänglich sein können, wenn sie im Wortlaut mehrdeutig sind. Die mit der Nachschrift angebrachte Verfahrensrüge ist aber ganz offen-

1) BGHSt 7, 162 (165)

sichtlich im Wortlaut klar und deutlich abgefaßt gewesen [1]. Die Verfahrensweise des BGH ist deshalb nicht unbedenklich; denn im Interesse der Rechtssicherheit ist zu fordern, daß eine Prozeßhandlung, die form- und fristgerecht sowie mit eindeutigem Wortlaut angebracht worden ist, auch rechtlichen Bestand hat. Der BGH hat ja selbst in seiner Grundsatzentscheidung zur Problematik des Nachholens von Revisionsrügen [2] die Notwendigkeit der Schaffung einer klaren Verfahrenslage im öffentlichen Interesse ausdrücklich hervorgehoben [3].

Daß sich BGHSt 14, 330 seiner Lösung selbst nicht ganz sicher ist, könnte daraus geschlossen werden, daß am Ende der Entscheidung noch hilfsweise Billigkeitserwägungen angestellt werden: "Hätte Rechtsanwalt P. am Abend des 19. November bei Gericht festgestellt, daß die Schriftsätze des Kollegen noch nicht eingegangen waren, dann würde er bei abweichender Auffassung nur die Wahl gehabt haben, auf seine Verfahrensrüge zu verzichten, um die Wiedereinsetzung hinsichtlich der in der Hauptschrift enthaltenen Verfahrensrügen offenzuhalten, oder aber seine Verfahrensrüge - vielleicht unter Einbeziehung der allgemeinen Sachbeschwerde - rechtzeitig anzubringen, um damit dem Angeklagten alle anderen Verfahrensrügen abzuschneiden. Ein solches Ergebnis kann nicht rechtens sein."
Daß der BGH im Ergebnis richtig liegt, bedarf

1) Der BGH, aaO., S. 333, spricht selbst von einer "selbständigen" Verfahrensrüge

2) BGHSt 1, 44

3) BGH, aaO., S. 46

keiner Frage [1]. Nur kann - wie oben nachgewiesen - die Methode, mit der er zu diesem Ergebnis gelangt, nicht gutgeheißen werden.

4. Die herrschende Rechtsprechungsmeinung hat trotz ihrer im Verlaufe der Untersuchung aufgedeckten Schwächen in weiten Kreisen der Literatur Beifall gefunden [2]. Die von BGHSt 1, 44 aufgestellten Grundsätze werden gebilligt; Ausnahmen davon sollen nur in Härtefällen zulässig sein. Neuartige Gesichtspunkte finden sich bei der zitierten Literatur nicht.

5. Damit ist die Untersuchung der herrschenden Meinung abgeschlossen. Folgendes Fazit ist zu ziehen: Die herrschende Auffassung bildet keineswegs eine einheitliche Front. Teilweise wird eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen generell abgelehnt (so das RG). Teilweise wird das Nachholen von Revisionsrügen im Grundsatz abgelehnt, aber von der gleichzeitigen Anwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers in der Hauptverhandlung abhängig gemacht; auch davon sollen in Härtefällen Ausnahmen gelten (so überwiegend der BGH sowie die OLG-Rechtsprechung und die herrschende Literaturmeinung). Auffällig ist, daß insbesondere die

1) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 17, stimmt diesem Ergebnis ebenfalls zu.

2) Sarstedt, S. 85, Fußnote 24; KMR, § 44 Anm. 1; Kleinknecht, § 44 Rdnr. 4; Eb. Schmidt, Nachtrag 8 zu § 345; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer, § 44 Anm. 1

Rechtsprechung des BGH erheblichen Schwankungen unterliegt (vgl. oben S. 60 ff.). Bei dem Versuch, die Härtefälle durch Billigkeitsentscheidungen auszugleichen, verfängt sich die herrschende Rechtsprechung in umständlichen und z.T. dogmatisch unsauberen Konstruktionen. In diese mißliche Lage ist die herrschende Ansicht deshalb geraten, weil sie an der Auffassung festhält, die Revisionsbegründungsfrist könne nur insgesamt versäumt werden, nicht aber hinsichtlich einzelner Rügen; in den Fällen des Nachholens einzelner Rügen sei eine Fristversäumung iSd § 44 nicht gegeben, da bereits eine oder mehrere Rügen fristgerecht angebracht worden seien.

III. Angesichts der Schwächen der herrschenden Meinung ist vorgeschlagen worden, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen grundsätzlich zuzulassen. Hierfür werden unterschiedliche Begründungen vorgetragen.

1. Die eigenwilligste Lösung bietet Schweling [1] an. Er meint, durch die Jahrtausende alte Praxis der Gerichte sowie über wissenschaftliche Forschung und Auseinandersetzung sei ein reicher Erfahrungsschatz

1) NJW 1968, 535

entstanden, der in Form von Erfahrungsregeln oder Erfahrungssätzen in den Verfahrensvorschriften seinen Niederschlag gefunden habe.

Erfahrungssätze seien aber als sachlich - rechtliche Fehler rügbar [1]. Der Revisionsführer brauche also bloß zu prüfen, ob der betreffenden Verfahrensvorschrift ein Erfahrungssatz zugrunde liegt.

Schwelings Vorschlag läuft darauf hinaus, Verfahrensfehler, die erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist angebracht werden, als sachlich - rechtliche Fehler zu tarnen, um ihnen so Wirksamkeit zu verschaffen. Dabei bedürfe es allerdings, wie Schweling weiter meint, einer näheren Begründung: Ähnlich wie bei reinen Verfahrensrügen müßten Tatsachen angegeben werden, auf denen der Erfahrungssatz und dessen Verletzung beruhe. Der Fehler brauche aber - anders als bei der Verfahrensrüge - nicht nachgewiesen zu werden. Schweling gibt als Paradebeispiel dafür, daß einer Verfahrensvorschrift ein Erfahrungssatz zugrunde liege, § 244 Abs. 3 S. 2 an. Wenn ein Betrunkener als Augenzeuge für "völlig ungeeignet" erklärt werde, so beruhe dies auf einem unumstößlichen Erfahrungssatz. Auch die "Unerreichbarkeit" im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 2 könne im Einzelfall aus einem Erfahrungssatz gefolgert werden.

1) Als Beispiele aus der Rechtsprechung nennt Schweling RGSt 61, 151; BGHSt 6, 70 (72); 17, 382 (385)

Zunächst spricht gegen Schwellings Lösung, daß eine Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Sachrügen, in die Verfahrensrügen ja eingekleidet werden sollen, jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn bereits eine Sachrüge innerhalb der Revisionsbegründungsfrist angebracht worden ist. (Vgl. oben, unter I., S.55f.) Wird die Verletzung materiellen Rechts fristgerecht gerügt, dann prüft das Revisionsgericht regelmäßig auch, ob das vorinstanzliche Urteil Erfahrungssätze außer Acht gelassen hat, so daß insofern eine Wiedereinsetzung überflüssig ist.

Weiterhin ist Schweling mit Recht entgegengehalten worden, er verwische den Unterschied zwischen Sachrüge und Verfahrensrüge [1]. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, daß nach Schweling zwar die Angabe der Tatsachen, aus denen sich der Erfahrungssatz ergibt, erforderlich sein soll, nicht aber der Nachweis der vom vorinstanzlichen Gericht begangenen Fehler. Damit wird eine Mischung zwischen Sachrüge und Verfahrensrüge geschaffen, die jeglicher Grundlage im Gesetz entbehrt. Entweder liegt ein sachlich-rechtlicher Fehler vor, dann ist die Angabe von Tatsachen überhaupt nicht erforderlich. Oder aber es liegt ein Verfahrensfehler vor, dann sind die zugrunde liegenden Tatsachen vorzutragen, und der Fehler muß nachgewiesen werden, d.h., die betreffenden Tatsachen müssen ausdrücklich, bestimmt, vollständig und genau an-

1) Sarstedt in NJW 1968, 925 (926)

gegeben werden, so daß das Revisionsgericht allein aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen sind [1].

Schließlich kann Schweling auch keinesfalls § 244 Abs. 3, Satz 2 als Paradebeispiel für seine Auffassung präsentieren. Wie Sarstedt [2] eindrucksvoll nachweist, liegt der Sinn des § 244 Abs. 3, Satz 2 darin, für einen besonderen Ausnahmefall das zu gestatten, was sonst im Beweisrecht verboten ist: Ablehnung eines Beweisantrages unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses zum Nachteil des Beweisführers. In diesem Zusammenhang verweist die Vorschrift lediglich auf etwaige Erfahrungen ("völlig ungeeignet"), keineswegs sind diese Erfahrungen aber Inhalt oder Grundlage der Vorschrift [3]. Auch die Reichsgerichtsentscheidung [4], auf die Schweling sich beruft, besagt - wie Sarstedt richtigstellt - genau das Gegenteil dessen, was Schweling daraus ersehen haben will: Aus der Trunkenheit allein sei die Wertlosigkeit der Aussage nicht nachgewiesen. Ob ein Betrunkener Augenzeuge sein kann, hänge vom Grad seiner Betrunkenheit sowie vom Beweisgegenstand ab.

Der von Schweling vorgetragenen Lösung kann somit insgesamt nicht gefolgt werden.

1) Meyer in Löwe/Rosenberg, § 344, Rdnr. 75; BGHSt 3, 213; 21, 340

2) aaO.

3) Sarstedt, aaO.

4) RG = GA 54, 304

2. Eine herausragende Position nehmen diejenigen Vertreter der Gegenmeinung ein, die die herrschende Ansicht daraufhin überprüfen, ob in den Fällen des Nachholens einzelner Rügen eine Fristversäumung iSd § 44 iVm § 345 tatsächlich nicht gegeben ist.

a) Hier ist an erster Stelle das OLG Frankfurt [1] zu nennen. Dieses Gericht wendet sich zunächst gegen die vom RG [2] getroffene Unterscheidung zwischen Versäumung einer Frist und Versäumung einer Prozeßhandlung. Dabei bezieht es sich auf Mannheim [3], der ausgeführt hatte, man versäume Fristen, die für die Vornahme von Prozeßhandlungen gesetzt seien, so daß zwischen Versäumung einer Frist und Versäumung einer Prozeßhandlung kein Unterschied bestehen könne. Die zentrale Bedeutung der Entscheidung liegt in der Erwägung, ob eine Frist auch teilweise, nämlich nur bezüglich einzelner Prozeßhandlungen, versäumt werden könne. Dies wird vom OLG Frankfurt im Ergebnis bejaht [4]: Auch wenn der Angeklagte bereits andere Rügen innerhalb der Revisionsbegründungsfrist angebracht habe, so müsse ihm hinsichtlich derjenigen Rügen, die er infolge unabwendbaren Zufalls nicht habe anbringen können, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Ein anderes Ergebnis, so meint das Gericht abschließend, sei

1) HESt 2, Nr. 40

2) RGSt 24, 250, vgl. oben unter II, 1., S. 57 ff.

3) JW 1928, 2718

4) Von "Teilversäumnis" sprechen zwar auch KMR, § 44, Anm. 1 d, und Kleinknecht, § 44, Rdnr. 4; sie schlagen sich jedoch auf die Seite der h.M.

weder folgerichtig noch billig, da sonst derjenige, der die Revisionsbegründung ganz unterlasse, besser gestellt sei als derjenige, der eine unvollständige Begründung gebe.

b) Kalthoener [1] greift das OLG Frankfurt an, hält ihm aber zugute, seine Ausführungen enthielten einen "richtigen Kern". Er wendet ein, das Gesetz kenne den Begriff der "teilweisen" Versäumnis nicht. Auch begrifflich sei eine Teilversäumnis nicht möglich, da die Frage, ob eine Frist gewahrt oder versäumt sei, immer nur in bezug auf eine bestimmte Prozeßhandlung gestellt werden könne.

Die Kritik Kalthoeners an der Entscheidung des OLG Frankfurt erscheint etwas übertrieben. Kalthoener übersieht, daß das OLG exakt erläutert, was mit "teilweiser" Versäumnis eigentlich gemeint ist, nämlich die Versäumung der Frist "bezüglich einzelner Prozeßhandlungen" [2]. Genau dies aber ist auch die Auffassung Kalthoeners [3]. Auch er geht davon aus, daß die Revisionsbegründungsfrist hinsichtlich einzelner Rügen versäumt werden könne. Die Revisionsbegründungsfrist, so erklärt er, laufe für jede einzelne Rüge. Das bedeute nicht, daß mehrere Fristen liefen; die Frist sei für alle revisionsbegründenden Rügen in ihrem Ablauf die

1) S. 55
2) OLG Frankfurt aaO.
3) S. 56

gleiche. Es bestünden aber ebenso viele Möglichkeiten, sie zu wahren oder zu versäumen, als es mögliche Revisionsrügen gebe. Die Wahrung der Frist hinsichtlich einer Rüge verhindere nicht die Versäumung der Frist hinsichtlich anderer Rügen.

c) Wie das OLG Frankfurt und Kalthoener ist auch Pentz [1] der Ansicht, die Revisionsbegründungsfrist könne auch hinsichtlich einzelner Rügen versäumt werden. Für ihn folgt dies daraus, daß die Revisionsbegründungsfrist teilbar sei, wie schon das RG erkannt habe [2].

d) Für die Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen macht sich schließlich noch Wendisch [3] stark. Seine Stellungnahme zur Frage der Fristversäumung liegt auf der Linie der oben unter a) - c) dargestellten Meinung: Die Revisionsbegründungsfrist sei beim Nachholen einzelner Rügen insofern versäumt, als der Angeklagte bis zu ihrem Ablauf keine alle Angriffsmittel umfassende Begründung abgegeben habe. Danach soll also hinsichtlich der verspätet angebrachten Angriffsmittel Wiedereinsetzung möglich sein.

1) NJW 1962, 1236 (1237)

2) RG = JW 1909, 336 und RGSt 14, 384, die die Revisionsbegründung in einen gültigen und einen ungültigen Teil aufgeteilt haben.

3) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44 Rdnr. 18, 19

3. Der Gedanke, daß die Revisionsbegründungsfrist bezüglich eines Teils der Begründung bzw. bezüglich einzelner Rügen versäumt werden kann, verdient Zustimmung.

Normalerweise läuft eine Frist nur für eine einzige prozessuale Handlung, wie etwa die Frist zur Anbringung des Wiedereinsetzungsantrages (§ 45 Abs. 1, S. 1), die Frist zur Einlegung der Revision (§ 341 Abs. 1) oder die Frist für den Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 346 Abs.2, um nur einige zu nennen. Wird diese einzig mögliche Prozeßhandlung erst nach Ablauf der für sie bemessenen Frist angebracht, so ist sie prozessual unbeachtlich, und das Merkmal der Fristversäumung iSd § 44 liegt regelmäßig vor. Die Eigenart derartiger Fristen liegt also darin, daß sie nur entweder gewahrt oder aber versäumt werden können. Das Problem der Versäumung einzelner Prozeßhandlungen (Teilversäumnis) kann dort überhaupt nicht akut werden.

Wie bereits oben [1] angedeutet, ist die Situation aber bei der Frist des § 345 eine andere. Sie läuft nicht nur für eine einzige, sondern für mehrere Prozeßhandlungen. Die Revisionsbegründung kann aus mehreren prozessualen Handlungen bestehen, die in Form der Sach- und Verfahrensrügen auch zeitlich nacheinander angebracht werden können [2].
In den Fällen des Nachholens einzelner

1) S. 76

2) Pentz, aaO., S. 1237, stellt zutreffend fest, daß gegen diese Möglichkeit bisher von keiner Seite Bedenken erhoben worden sind.

Rügen ist die Revisionsbegründung durch den Endtermin der Frist des § 345 aufgespalten: Ein Teil der Rügen ist vor Fristende, der andere Teil nach Fristende angebracht worden. Der fristgerecht angebrachte Begründungsteil ist ohne weiteres rechtswirksam; insofern ist die Revisionsbegründungsfrist gewahrt. Anders verhält es sich mit dem nach Fristablauf angebrachten Begründungsteil: Dieser ist zunächst wegen Verspätung prozessual unbeachtlich. Rechtswirksamkeit kann er nur unter den Voraussetzungen des § 44 erlangen. Darf nun aber argumentiert werden, eine Fristversäumung iSd § 44 liege nicht vor, da bereits eine oder mehrere Rügen fristgerecht angebracht worden seien? Diese Frage muß entschieden verneint werden. Entgegen der herrschenden Meinung darf die Feststellung, daß die Frist des § 345 bezüglich der in dem nachgebrachten Begründungsteil enthaltenen Rüge(n) versäumt ist, keinesfalls unterschlagen werden, da der Angeklagte ja gerade wegen dieser Rüge(n) einen Rechtsnachteil erleidet und gerade deswegen um Wiedereinsetzung nachsucht. Bezugspunkte der Wiedereinsetzungsprüfung sind daher nicht die fristgerecht angebrachten Rügen, sondern die verspäteten.

Wenn die herrschende Meinung in den Fällen des Nachholens einzelner Verfahrensrügen davon ausgeht, die Revisionsbegründungsfrist sei nicht versäumt, wenn bereits die Sachrüge fristgerecht angebracht sei, so verkennt sie die Eigenart der Frist des § 345. Die Vorschrift beinhaltet bei näherem Hinsehen

nicht nur eine Frist hinsichtlich der das Rechtsmittel zulässig machenden Revisionsanträge und deren Begründung, sondern darüber hinaus auch eine Frist hinsichtlich des einzelnen Rechtsbegehrens, das Gericht solle einen bestimmten Verfahrensverstoß zum Anlaß nehmen, das angefochtene Urteil aufzuheben. Es muß also unterschieden werden zwischen der Revisionsbegründungsfrist und der Rügeerhebungsfrist. Beide Fristen laufen gleichzeitig. Natürlich ist der herrschenden Ansicht darin zu folgen, daß die Revisionsbegründungsfrist bezüglich der fristgerecht angebrachten Sachrüge gewahrt ist; gleichzeitig ist aber die ebenfalls dem § 345 zu entnehmende Rügeerhebungsfrist hinsichtlich der verspätet angebrachten Verfahrensrüge(n) versäumt [1], so daß man folgerichtig auch einen Fall der Fristversäumung im Sinne des § 44 annehmen muß. Wer - wie die herrschende Lehre - mit begrifflicher Argumentation zu beweisen versucht, ein Fall der Fristversäumung iSd § 44 liege in den Fällen des Nachschiebens von Revisionsrügen nicht vor, hat die Sache nicht bis zu Ende durchdacht.

1) In diese Richtung gehen wohl auch die Überlegungen von Kohlhaas (NJW 1955, 742), der meint, die Frist sei durch die Sachrüge zwar gewahrt, aber nicht "erschöpft".

Mit der Bejahung des Merkmals der Fristversäumung iSd § 44 ist somit der Weg für eine generelle Zulassung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen freigemacht.

4. a) Pentz [1] will nun allerdings trotz seiner grundsätzlichen Zustimmung (vgl. oben S. 88) die Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen auf die Fälle beschränkt wissen, in denen der Verteidigung während der Revisionsbegründungsfrist die Akten nicht offengelegt werden konnten. Abgesehen von diesen Fällen, so meint Pentz, dürfe bei Verschulden des Verteidigers oder des Urkundsbeamten die Frist des § 345 nicht ergänzt werden. Fehler des Verteidigers gingen ja auch sonst zu Lasten des Angeklagten,

1) aaO., S. 1237, 1238

insbesondere dann, wenn sie im Verlaufe der Hauptverhandlung vorkämen.

Die von Pentz vertretene Auffassung ist nicht neu; sie ist schon einmal von Goedel [1] vertreten worden. Neuerdings wird sie auch von Kaiser [2] geteilt.

Es bestehen jedoch Bedenken, die Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen auf die Fälle verhinderter Akteneinsicht zu beschränken und darüber hinaus bei Verschulden des Verteidigers oder des Urkundsbeamten Wiedereinsetzung nicht zu gewähren. Wenn Pentz argumentiert, der Angeklagte habe ja auch sonst die Fehler seines Verteidigers zu tragen, so kann dem nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zwar hat der Angeklagte grundsätzlich die Folgen einer verfehlten Prozeßführung seines Verteidigers zu tragen. Wenn man aber wie Pentz davon ausgeht, daß es sich in den Fällen des Nachholens einzelner Rügen um Fristversäumnisse iSd § 44 handelt [3], dann darf man auch nicht übersehen, daß bei auf anwaltlichem Verschulden beruhender Fristversäumung von dem obigen Grundsatz eine Ausnahme gilt: § 85 Abs. 2 ZPO, der das Einstehenmüssen der Zivilprozeßpartei für Vertreterverschulden bei Fristversäumung anordnet,

1) JW 1938, 496 f
2) NJW 1975, 338 (339)
3) aaO., S. 1237

gilt für den Angeklagten gerade nicht [1]. Der Angeklagte hat Drittverschulden nicht zu vertreten, es sei denn, ihm kann hinsichtlich der Fristversäumung auch eigenes Verschulden zur Last gelegt werden [2]. Selbstverständlich muß die Einschränkung auch in den Fällen des Nachholens einzelner Rügen gelten: Sobald dem Angeklagten Mitverschulden hinsichtlich der Verspätung der betreffenden einzelnen Rüge nachgewiesen werden kann, wird Wiedereinsetzung nicht zu gewähren sein. Es haben sich 4 Fallgruppen herausgebildet, in denen ein Mitverschulden des Angeklagten an der durch den Verteidiger verursachten Fristversäumung anerkannt ist [3]. Angesichts dessen erscheint es übertrieben, wenn Pentz die Befürchtung äußert, es werde kaum noch Fälle geben, in denen Wiedereinsetzung nicht gewährt würde, wenn "stets" Fehler des Verteidigers eine Wiedereinsetzung rechtfertigen würden[4].

1) Ständige Rechtsprechung seit RGSt 70, 188 und ganz h.M., vgl. statt aller Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 52 - 54

2) Vgl. Fn. 1

3) Vgl. eingehend unten, S. 114 f.

4) aaO.

Zwar muß der Angeklagte selbst sein Möglichstes tun, um sich nicht ein Mitverschulden bei der Fristversäumung vorwerfen lassen zu müssen. Darüber hinaus muß er sich aber auch bei Rechtspflegeorganen wie Rechtsanwälten oder Urkundsbeamten darauf verlassen können, daß diese ihre Tätigkeit "nach den bestehenden Vorschriften und sachgemäß" [2] ausüben. [3] Dieses Vertrauensmoment muß auch bezüglich der Wahrung der Revisionsbegründungsfrist gelten: Der Angeklagte muß sich darauf verlassen können, daß alle Rügen form- und fristgerecht angebracht werden.

Es erscheint somit nicht geboten, die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen auf die Fälle verhinderter Akteneinsicht zu beschränken, und darüber hinaus bei Verschulden des Verteidigers oder des Urkundsbeamten Wiedereinsetzung nicht zu gewähren.

1) aaO.

2) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 46

3) Für den Verteidiger vgl. OLG Nürnberg = MDR 1964, 614; für den Urkundsbeamten vgl. RGSt 68, 300 und OLG Hamm = Rpfl. 1960, 213

b) Auch Sarstedt [1] und Dahs/Dahs [2] sprechen sich im Grundsatz für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen aus, meinen jedoch einschränkend, sie könne nur solange zulässig sein, bis das Revisionsgericht eine Sachentscheidung gefällt habe. Eine nähere Begründung für ihre Einschränkung lassen beide Autoren vermissen.

aa) Eine ausführliche Stellungnahme findet sich dagegen beim BGH [3], der - ohne allerdings ausdrücklich für eine Zulassung des Nachholens einzelner Rügen einzutreten - ebenfalls die Auffassung vertritt, der Erlaß einer abschließenden Sachentscheidung des Revisionsgerichts bilde die äußerste Grenze jeder Wiedereinsetzung, so daß "jedenfalls dann" auch Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen nicht mehr gewährt werden könne. Das gelte, so die Begründung, nicht nur für die Fälle, in denen die Sachentscheidung ein Sachurteil sei [4], sondern auch für die Fälle nach § 349 Abs. 2, da die Rechtskraft in beiden Fällen die gleiche sei. Eingriffe in die Rechtskraft seien nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig. Insofern würden die §§ 359 ff. (Wiederaufnahme des Verfahrens) eine abschließende Regelung darstellen.

1) JR 1960, 146

2) Die Revision in Strafprozeß, Rdnr. 397

3) BGHSt 17, 94; 25, 89

4) So schon BGH, Beschluß vom 7.12.1954, 5 StR 514/54 zitiert bei Kohlhaas in NJW 1955, 742 Fußnote 6

Die Auffassung, daß Eingriffe in die Rechtskraft nur über die Vorschriften der §§ 359 ff. und nicht über die Wiedereinsetzung gestattet werden können, hat auch schon einmal das BayObLG [1] vertreten. Eine andere Lösung, so hat dieses Gericht gemeint, verstoße "gegen Wesen und Bedeutung des Urteils und gegen das Rechtsmittelsystem der StPO".

In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung steht auch überwiegend die Literatur [2], die allerdings in der Sache keine neuen Gesichtspunkte mehr beizusteuern weiß.

bb) Wenn die dargestellte Ansicht ausführt, Eingriffe in die Rechtskraft seien nur über die §§ 359 ff. gestattet, ein anderes Ergebnis verstoße gegen Wesen und Bedeutung des Urteils, so stellt sie Thesen auf, für deren Richtigkeit sie den Beweis schuldig bleibt. Daß Eingriffe in die Rechtskraft nur über die §§ 359 ff. gestattet seien, ist so absolut nicht richtig. Auch die Wiedereinsetzung durchbricht die Rechtskraft, jedenfalls soweit letztere infolge Fristablaufs eingetreten ist. [3] Einen brauchbaren Lösungsgesichtspunkt enthält dagegen die Behauptung des BayObLG [4], wonach Sinn und Zweck des Revisionsurteils gegen die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung nach Ergehen einer abschließenden Sachentscheidung des Revisionsgerichts sprechen sollen.
Daß die Revision einem doppelten Zweck dient, nämlich dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit auf der einen und dem Gedanken der Einheitlichkeit der

---

1) JW 1926, Nr. 2770

2) So schon v. Kries, S. 459; Meyer in Löwe/Rosenberg, § 349, Rdnr. 23; Kleinknecht, § 44, Rdnr. 24; Kaiser in NJW 1975, 338 (339)

3) Vgl. oben, S.7 ff. Aus der Erkenntnis, daß die Wiedereinsetzung eine durch Fristablauf eingetretene Rechtskraft überwinden kann, darf allerdings - entgegen Wendisch (Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr.20) - nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß die Wiedereinsetzung diese Macht auch dort hat, wo die Rechtskraft durch eine abschließende Sachentscheidung des Revisionsgerichts eintritt.

4) aaO.

Rechtsprechung auf der anderen Seite, ist im Schrifttum nahezu einhellige Meinung [1]. Gestritten wird darüber, welche dieser beiden Aufgaben der Revision überwiegt.

Zum Teil wird behauptet, der Streit um die Frage des Vorrangs sei "müßig", weil die Revision beiden Zwecken gleichermaßen zu dienen habe [2]. Schwinge [3] weist demgegenüber zutreffend darauf hin, daß es von großer praktischer Bedeutung ist, wie man das Verhältnis der Zwecke der Revision zueinander beurteilt: Die Frage der Revisibilität der unbestimmten Rechtsbegriffe [4] wird unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob man die Rechtseinheitsaufgabe oder die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit in den Vordergrund rückt.

Nach herrschender Lehre ist bei der Revision die Rechtseinheitsaufgabe vorrangig [5].

Demgegenüber gebührt nach der Ansicht Mannheims [6] dem Gerechtigkeitszweck der Vorrang, und zwar nicht nur bei der Revision, sondern bei sämtlichen Rechtsmitteln. Die Gegenmeinung verkenne, daß die Rechtseinheit nur ein formales Ideal sei, das vor den anderen Zielen der Rechtspflege, insbesondere dem Streben nach materieller Gerechtigkeit, nicht bevorzugt werden dürfe.

1) Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 26 m.w.N.

2) Sarstedt, S. 2; Eb. Schmidt, Vorbem. 39 vor § 296; Meyer in Löwe/Rosenberg, vor § 333, Rdnr.6

3) S. 27

4) Zu diesem Problemkreis ausführlich Schwinge, S. 118 ff, insbesondere S. 132

5) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 413; von Hippel, ZStW 41, 2 ff (25); J. Goldschmidt, ZStW 41, 569 ff (589); Kern, Die Äußerungsdelikte, S. 85 ; Pohle, Revision und neues Strafrecht, S. 19, 34 ff; Schwinge, S. 32

6) Beiträge, S. 12 ff.

Gegen Mannheim sprechen zunächst methodische Bedenken, wenn er den Vorrang der Gerechtigkeit bei den Rechtsmitteln im allgemeinen betont. So hat schon Pohle [1], zutreffend darauf aufmerksam gemacht, daß hier vom Sonderzweck der Revision und nicht vom Zweck der Rechtsmittel im allgemeinen auszugehen ist. Auch ist die These, die Rechtseinheit sei nur ein formales Ideal, nicht richtig. Bereits oben ist deutlich gemacht worden, daß die Frage der Verwirklichung der Rechtseinheit von praktischer Auswirkung auf die Bestimmung von Umfang und Grenzen der Revisibilität der unbestimmten Rechtsbegriffe ist. Die Lehre Mannheims ist danach abzulehnen.

Für Peters [2] ist die Tatsache, daß auch der Angeklagte Revision einlegen kann, Hinweis dafür, daß die Revision Gerechtigkeit im Einzelfall garantieren will. Gegen Peters läßt sich aber einwenden, daß der Gesetzgeber sich bewußt die Rechtsmittelinitiative des Einzelnen zunutze gemacht hat, um im Interesse des Gemeinwohls zu einer einheitlichen Rechtsprechung zu gelangen [3].

Zustimmung verdient dagegen die herrschende Meinung. Für sie spricht, daß sich die Beschränkung der Revision auf Gesetzesverletzungen einzig und allein durch den Rechtseinheitszweck erklären läßt.

1) aaO.; ebenso Schwinge, S. 31

2) ZStW 57, 53 ff (66)

3) Eingehend Schwinge, S. 6 ff und 34, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Revisionsrechts; Böttcher in Hamburger Universitäts-Reden Nr. 16, zitiert bei Schwinge, S. 34

Wäre die Beschränkung im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit erfolgt, so wäre sie unverständlich. Anders als bei der Berufung, bei der eine derartige Beschränkung nicht besteht und die daher anerkanntermaßen [1] unmittelbar der materiellen Gerechtigkeit dient, steht bei der Revision der Rechtseinheitszweck im Vordergrund [2].

Die Rechtseinheitsaufgabe als maßgeblicher Zweck der Revision liefe aber weitgehend ins Leere, würde man nicht die abschließende Sachentscheidung des Revisionsgerichts als äußerste Zulässigkeitsgrenze der Wiedereinsetzung akzeptieren. Es wäre mit dem Rechtseinheitszweck unvereinbar, wenn man etwa ein Sachurteil über die Wiedereinsetzung wieder zu Fall bringen könnte, was insbesondere in denjenigen Fällen unerträglich wäre, in denen sich die untergerichtliche Rechtsprechung bereits in materiell-rechtlicher Hinsicht nach dem betreffenden Sachurteil des Revisionsgerichts ausgerichtet hat. Der Rechtseinheitsgedanke erfordert es daher, daß es bei einer einmal gefällten Sachentscheidung des Revisionsgerichts bleibt.

Es ist deshalb mit der eingangs dargestellten Ansicht [3] davon auszugehen, daß die revisionsgerichtliche Sachentscheidung die äußerste zeitliche Grenze einer Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen bildet.

1) Schwinge, S. 26

2) In der ZPO zeigt vor allen Dingen das Vorhandensein der Revisionssumme (§ 546 ZPO), daß das Rechtseinheitsinteresse vorrangig ist. Eine solche Regelung ließe sich - wäre sie im Interesse der Gerechtigkeit erfolgt - nicht rechtfertigen.

3) S. 96 f.

IV. Als Endergebnis steht somit fest, daß die Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen bis zum Ergehen einer abschließenden Sachentscheidung des Revisionsgerichts zulässig ist. Die grundsätzliche Bejahung der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen führt zwangsläufig zu einer Vermehrung der Wiedereinsetzungsmöglichkeiten, mithin zu einem Mehr an materieller Gerechtigkeit. Gleichwohl sind auch bei der hier vertretenen Lösung die Belange der Rechtssicherheit in ausreichendem Maße berücksichtigt. Dies zeigt sich zum einen an der Zulässigkeitsbegrenzung der Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen bis zum Ergehen einer abschließenden Sachentscheidung des Revisionsgerichts. Zum anderen stellt der hier vertretene Standpunkt sicher einen Beitrag zur Rechtsklarheit [1] im Wiedereinsetzungsrecht dar : Er stoppt die durch die herrschende Meinung betriebene kasuistische Lösung der Fälle des Nachholens von Revisionsrügen und vermeidet gleichzeitig - durch die Bejahung des Merkmals der Fristversäumung iSd § 44 - die unsauberen Konstruktionen, die die herrschende Meinung in einigen Härtefällen unter dem Zwang der Billigkeit gewählt hat. Im übrigen kommen auch bei der Wiedereinsetzung zum Nachholen einzelner Rügen die im 2. Teil, Kap. E (S. 22 f.) erörterten Rechtssicherheitsaspekte zum Tragen.

1) Nach Radbruch, Der Mensch im Recht, S. 96, 97, ist die Rechtsklarheit ein Unteraspekt der Rechtssicherheit. Ebenso - unter Berufung auf Radbruch, aaO - Dencker, Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme im Strafprozeß, S. 47

V. Welchen Stellenwert die Frage des Nachholens von Revisionsrügen im Zivilprozeß-und Verwaltungsprozeßrecht hat, soll ein kurzer, vergleichender Überblick über den dortigen Streitstand zeigen.

a) Ein Blick auf die Situation im Zivilprozeß beweist, daß sich die hier vertretene Auffassung in guter Gesellschaft befindet. Zwar ist die Diskussion dort noch nicht so recht in Gang gekommen, was sich daran zeigt, daß sich im wesentlichen nur knappe Stellungnahmen finden lassen.

Dennoch hat sich dort bereits eine herrschende Meinung herausgebildet, die das Nachholen einzelner Revisionsrügen für zulässig hält. Diese Ansicht wird vertreten von OLG Hamburg [1], Rosenberg [2], Stein/Jonas/Schönke [3], Thomas/Putzo [4],

1) JZ 1953, 308
2) JZ 1953, 310
3) § 554, Anm. V, 1
4) § 554, Anm. 6 a

Baumbach/Lauterbach [1] und Pentz [2]. Überwiegend wird vorgetragen, es sei nicht einzusehen, warum derjenige, der überhaupt keine Revisionsbegründung abgegeben habe, besser stehen solle als derjenige, der den fraglichen Mangel nicht eher habe rügen können. Demgegenüber glaubt eine Mindermeinung [3], Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen ablehnen zu müssen. Sie bringt - wie die herrschende Meinung im Strafprozeßrecht - vor, hinsichtlich verspätet angebrachter einzelner Rügen liege eine Fristversäumung im Sinne des § 233 ZPO nicht vor, wenn auch nur eine Rüge bereits fristgerecht angebracht worden sei.

b) Im Verwaltungsprozeßrecht ist die Problematik des Nachholens einzelner Rügen bisher kaum diskutiert worden.

1) § 554, Anm. 5 (bis zur 33. Aufl.)

2) ZZP 76, 183(186). Pentz hebt sich von der übrigen herrschenden Meinung insofern ab, als er eine vergleichsweise ausführliche Darstellung des Problems gibt. Seine Begründung ist stark an die Ausführungen angelehnt, die er zu gleichen Problematik im Strafprozeßrecht gemacht hat (vgl. oben, S. 88 und Fn. 1 ebenda).

3) RGZ 121, 5 (6); BAG = NJW 1962, 203 und NJW 1973, 1767; Wieczorek, § 554, B II, a, 3, sowie D III, b und § 233, A II, b

Das BVerwG [1] vertritt im Einklang mit Redeker/von Oertzen [2] die Meinung, für einzelne Rügen könne Wiedereinsetzung nicht gewährt werden, wenn die Revision im übrigen fristgerecht begründet worden sei. Die Fragwürdigkeit dieser Auffassung ist bisher offenbar noch nicht erkannt worden, da - soweit ersichtlich - hiergegen noch keinerlei Zweifel angemeldet worden sind.

VI. In der strafprozessualen Literatur [3] ist bezüglich der Frage der Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen der Ruf nach dem Gesetzgeber laut geworden. In der Tat wäre es wünschenswert, wenn diese alte Streitfrage bei der nächsten Reform aus der Welt geschafft und ein weiteres Aufblähen der Kasuistik verhindert würde.

Die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zum Nachholen einzelner Revisionsrügen ließe sich wegen der engen Verknüpfung mit

1) BVerwGE 28, 18

2) § 139, Anm. 14 VwGO

3) Sarstedt in JR 1960, 146; Dahs/Dahs, Rdnr. 397

dem Revisionsrecht am besten im 4. Abschnitt des 3. Buches der StPO regeln. Im Sinne der hier vertretenen Lösung wird daher vorgeschlagen, dort einen § 345 a mit folgendem Wortlaut einzufügen:

§ 345 a Wird ein Teil der Revisionsbegründung fristgerecht, ein anderer Teil verspätet angebracht, so kann der Angeklagte bezüglich des verspäteten Teils Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter den in den §§ 44 und 45 bezeichneten Voraussetzungen beanspruchen.

F. Drittverschulden im Rahmen des § 44

Wiedereinsetzung kann nur demjenigen Antragsteller gewährt werden, der ohne Verschulden verhindert war, eine Frist einzuhalten. Verschulden ist dann anzunehmen, wenn derjenige, der die Verfahrenshandlung wahrzunehmen hatte, bei Anwendung der gerade ihm - d.h. unter Berücksichtigung seiner persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse - nach Lage des Falles gerechterweise zuzumutenden Sorgfalt den Eintritt oder die Folgen des Ereignisses hätte abwenden können [1].

Keine Schwierigkeiten bereitet die Anwendung dieser Formel in der Regel in denjenigen Fällen, in denen die Verschuldensfrage allein anhand der persönlichen Verhältnisse des Antragstellers selbst beurteilt werden kann. So schließen etwa eine plötzliche Erkrankung [2] oder mangelnde Sprachkenntnisse bei einem Ausländer [3], nicht dagegen bloße Unaufmerksamkeit oder Gleichgültigkeit [4] des Antragstellers das Verschulden aus [5].

Interessanter sind diejenigen Fälle, in denen ein

1) RGSt 35, 110; 40, 120; 70, 187; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 25

2) So schon RG Recht 1914, 3021

3) BVerfG = NJW 1975, 1597

4) OLG Hamm = JMBl NRW 1975, 166

5) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 37 ff.

Verschulden von dritter Seite an der Fristversäumnis in Betracht kommt, womit gleichzeitig auch der Problemkreis des Mitverschuldens des Wiedereinsetzungsberechtigten angesprochen ist. Hierbei sind insbesondere zwei Fallgruppen von großer praktischer Bedeutung: 1) Das Verschulden staatlicher Stellen und 2) das Verschulden des Verteidigers.

I. Die erste Fallgruppe läßt sich wiederum in vier Untergruppen unterteilen.

1) Jeder Verfahrensbeteiligte kann die ihm eingeräumte Frist voll ausnutzen [1]. Läßt er ein zum Zwecke der Fristwahrung aufgesetztes Schreiben postalisch befördern, so hat er die gewöhnliche Laufzeit der Postsendung, aber auch übliche Verlängerungen der Laufzeit [2] in die Fristberechnung einzubeziehen. Dabei genügt es regelmäßig, wenn ein Brief mit mittleren Entfernungen [3] am Vortage, bei größeren Entfernungen [4] zwei Tage vor Fristablauf abgegeben wird. Beruht die Fristversäumnis auf Unregelmäßigkeiten, die der Beteiligte nicht beeinflussen kann, so liegt kein Verschulden vor [5].

1) OLG Hamm = JMBl NRW 1957, 178

2) Z.B. wegen vermindertem Leerungs- und Beförderungsdienst an Wochenenden und Feiertagen, BVerfG = NJW 1975, 1405

3) Z.B. Berlin/Hamburg (OLG Hamburg = NJW 1974, 68)

4) Z.B. Norden/Heidelberg (BVerfG = NJW 1975, 1405)

5) OLG Hamm = JMBl NRW 1971, 126

2) Tritt ein Verfahrensbeteiligter zwecks Fristwahrung in Beziehung zu einer Amtsstelle, so darf er sich darauf verlassen, daß diese ihre Tätigkeit nach den bestehenden Vorschriften und sachgemäß ausübt [1]. Erteilt die Amtsstelle eine Rechtsauskunft, so darf der Beteiligte davon ausgehen, daß sie vollständig und richtig ist [2]. Auch wer einen Brief an die falsche Stelle adressiert, darf damit rechnen, daß etwa ein unzuständiges Gericht [3] oder die Staatsanwaltschaft [4] ihn rechtzeitig an die zuständige Behörde weiterleitet.

3) Kein Verschulden trifft den Verfahrensbeteiligten, wenn ein unzuständiger Urkundsbeamter seine Erklärung entgegennimmt [5]. Das gleiche gilt, wenn ein noch anwesender Urkundsbeamter sich kurz nach Dienstschluß weigert, eine Erklärung entgegenzunehmen [6]. Nimmt der Urkundsbeamte die Erklärung unsachgemäß auf [7], oder lehnt er die Aufnahme ab, weil er das Rechtsmittel für unzulässig hält [8], so liegt ebenfalls kein Verschulden beim Antragsteller vor.

1) RGSt 68, 300
2) BGHSt 24, 25
3) OLG Hamm = NJW 1958, 1836
4) OLG Koblenz = MDR 1973, 691
5) RG = JW 1911, 247; BayObLGSt 16, 99
6) OLG Colmar = Alsberg E 1, 116; Wendisch in Löwe/Rosenberg, Rdnr. 49 zu § 44
7) RGSt 68, 299
8) RG = JW 1925, 2779

4) Strafgefangene und Untersuchungshäftlinge sind nicht verpflichtet, sich auf die Besonderheiten des internen Betriebs der Haftanstalt einzurichten [1]. Unter Zugrundelegung eines normalen Postlaufs reicht es aus, wenn sie ihre Erklärungen einen Tag vor Fristablauf in der Anstalt abgeben. Geht der Brief aufgrund besonderer Anstaltsverhältnisse (z.B. Briefkontrolle) verspätet beim Adressaten ein, so ist die Fristversäumnis für den Gefangenen unverschuldet. Ebenso kann es dem Gefangenen nicht angelastet werden, wenn entgegen seiner Bitte keine [2] oder eine verspätete [3] Vorführung erfolgt, oder wenn seine Erklärungen nicht an- oder aufgenommen werden [4].

5) Die oben skizzierte Kasuistik läßt sich auf folgenden Nenner bringen: Bedient sich ein Verfahrensbeteiligter zur Wahrung einer Frist staatlicher Hilfe - sei es, daß er seine Erklärungen durch staatliche Einrichtungen übermitteln oder befördern läßt oder sich direkt an einen Amtsträger wendet, sei es, daß er selbst in ein öffentlich-rechtliches Anstaltsverhältnis eingegliedert ist (Vollzug) - so sind die Anforderungen an seine Mitverantwortung an der Fristeinhaltung gelockert.

1) OLG Bremen = NJW 1956, 233
2) BayObLGSt 1, 31
3) RG Rspr. 1, 179
4) OLG Hamm = MDR 1963, 522

Dieses Ergebnis muß einleuchten, da dem Beteiligten, der sich an eine staatliche Stelle wendet, ein Vertrauensschutz im Hinblick auf die Richtigkeit und Sachgemäßheit der Handlungen staatlicher Einrichtungen zugebilligt werden muß [1]. Diesem Argument läßt sich noch ein weiteres hinzufügen: Der Beteiligte ist im Regelfall weder befähigt noch befugt, die Tätigkeit der staatlichen Stelle einer Kontrolle zu unterziehen, so daß auch von daher eine Einschränkung seiner Mitverantwortlichkeit geboten ist. Verliert der Verfahrensbeteiligte die Einflußmöglichkeit über seine Erklärung, so kann ihm kein Verschulden angelastet werden, wenn er bis zu diesem Zeitpunkt alles Erforderliche getan hat, damit seine Erklärung - bei unterstellter richtiger und sachgemäßer Bearbeitung durch den Amtsträger - fristwahrend wirkt.

1) Siehe auch S.108, Fußnote 1

II. Die Beurteilung der Fallgruppe des anwaltlichen Verschuldens hat folgende Entwicklung genommen:

1) Nach der Bestimmung des § 85 Abs. 2 ZPO [1] hat die Prozeßpartei Verschulden des Bevollmächtigten zu vertreten. Daraus folgt, daß in den Fällen der vom Prozeßvertreter verschuldeten Fristversäumnis die Partei stets ein eigenes Verschulden im Sinne des § 233 ZPO trifft, Wiedereinsetzung nach dieser Bestimmung somit nicht gewährt werden kann.
Die StPO enthält eine dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende Vorschrift nicht. Dennoch hat das RG lange Zeit "im Anschluß" an diese Regelung die Auffassung vertreten, ein Verschulden der Verteidigung sei für den Angeklagten kein "unabwendbarer Zufall" im Sinne des § 44 (alter Fassung) [2]. Eine Ausnahme hat das RG nur in einem einzigen Fall gemacht [3], in dem es um eine Pflichtverteidigung ging. Ein Teil der damaligen Literatur befand sich in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung [4]. Demgegenüber

1) Bis zum 1.7.1977 § 232 Abs. 2 ZPO

2) RG Rspr. 8, 508; RGSt 10, 74; im Grundsatz auch RGSt 40, 118 (120)

3) RGSt 40, 118 (120): Dort hatte der Vorsitzende dem Beschuldigten einen Referendar als Verteidiger bestellt, der die gesetzlichen Vorschriften nicht handhaben konnte.

4) Löwe, 12. Aufl., § 44, Anm. 4 c; John, § 44, 3 e; Dalcke, § 44, 4; Stenglein, § 44, 3; v. Kries, S. 458

hatte sich eine starke Gegenmeinung gegen die Anwendung des § 232 a.F. ZPO für das Strafverfahren ausgesprochen [1]. Von besonderem Interesse sind dabei die Stellungnahmen von Ewald [2] und Siegel [3], die ausdrücklich hervorhoben, daß sowohl für den Angeklagten als auch für den Privatkläger die Vorschrift des § 232 Abs. 2 ZPO (a.F.) nicht gelten könne (vgl. zu dieser Problematik unten, S. 127 ff.).

In der Entscheidung RGSt 70, 186 ff. ist das RG dann von seiner bisherigen Rechtsprechung abgerückt und befand, dem Angeklagten dürfe weder ein Verschulden des Pflichtverteidigers noch ein Verschulden des Wahlverteidigers zugerechnet werden, es sei denn, der Angeklagte habe die Fristversäumnis mitverschuldet. In seiner Begründung führt das RG aus, nur eine dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende Sondervorschrift, die aber nicht bestehe, könne eine andere Auffassung rechtfertigen [4]. Diese Rechtsprechung ist vom BGH [5] übernommen worden.

Auch die Literatur ist heute ganz einhellig der Meinung, daß der Angeklagte Verschulden seines Verteidigers bei Fristversäumung nicht zu vertreten hat [6].

1) v. Schwarze, § 44, 4; Ullmann, S. 272, Nr. 2; Binding, S. 184; Birkemeyer, S. 553; Bennecke/Beling, S. 305, Nr. 19; Ewald in GA 36, 80; Siegel in GS 42, 277

2) aaO., S. 86

3) aaO., S. 288

4) aaO., S. 191

5) BGHSt 14, 308

6) Vgl. statt aller Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 52 - 54

Diese Ansicht kann keinen vernünftigen Zweifeln unterliegen. Eine dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende Vorschrift existiert in der StPO nicht. Eine analoge Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO auf den Strafprozeß [1] muß aus folgenden Gründen scheitern: Zum einen haben Zivilprozeß und Strafprozeß unterschiedliche Regelungsinhalte. Während im Zivilprozeß die vermögens- und statusrechtliche Streitbefriedigung im Vordergrund steht, geht es im Strafprozeß um Freiheit und Ehre des Angeklagten. Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch beide Verfahren mit unterschiedlichen Prozeßgrundsätzen ausgestaltet. Während im Zivilprozeß die Parteimaxime in Form der Dispositions- und Verhandlungsmaxime gilt, wird der Strafprozeß von der Inquisitionsmaxime beherrscht. Angesichts dieser grundlegenden Unterschiede liegt der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber eine dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung ganz bewußt in die StPO nicht eingefügt hat. Von einer "planwidrigen" Gesetzeslücke [2] kann daher nicht die Rede sein, zumal sich auch die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafprozeß als mit eigenen Rechten ausgestatteter Beistand des Angeklagten (§ 137) von der Rechtsstellung des Anwaltes als echter Vertreter der Zivilprozeßpartei unterscheidet [3].

1) Zu der Problematik, ob § 85 Abs. 2 auf die besonderen Verfahrensarten des Privatklage-, Nebenklage-, Klageerzwingungs- und Adhäsionsverfahrens angewendet werden kann, vgl. unten, S. 127 ff.

2) Zu dieser Voraussetzung der Analogie vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 358

3) So schon KG = GA 76, 166 f.

2) Im Vordergrund der Diskussion im Problemkreis des anwaltlichen Verschuldens steht heute die Frage nach Umfang und Grenzen der Mitverantwortlichkeit des Angeklagten bei der Fristwahrung. Lange Zeit war diese Frage allerdings "nahezu unproblematisch" [1]. Schon das RG hatte entschieden, daß Wiedereinsetzung nicht gewährt werden könne, wenn den Angeklagten ein Mitverschulden an der durch den Verteidiger herbeigeführten Fristversäumung treffe [2]. Der BGH übernahm diese Rechtsprechung [3]. Es bildeten sich zunächst vier Fallgruppen heraus, bei denen ein Mitverschulden des Angeklagten angenommen wurde [4]:

1. Der Angeklagte handelt schuldhaft, wenn er einen Verteidiger auswählt, der nach seiner positiven Überzeugung unzuverlässig ist [5].

2. Der Angeklagte handelt schuldhaft, wenn er den nicht zum Zustellungsbevollmächtigten bestell-

1) Dahs, AnwBl 1973, 331

2) RGSt 40, 118 (122); 70, 186 (190)

3) BGHSt 14, 306 (308); 25, 89 (92)

4) Aufzählung bei Dittmar in MDR 1975, 270

5) RGSt 70, 186 (191); Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Fn. 52 und 55

ten Verteidiger von der an ihn erfolgten Urteilszustellung nicht unterrichtet [1].

3) Ferner handelt der Angeklagte schuldhaft, wenn er seinem Verteidiger einen Auftrag zur Rechtsmitteleinlegung überhaupt nicht erteilt [2].

4) Der Angeklagte handelt schließlich auch dann schuldhaft, wenn er seinen Verteidiger zu spät beauftragt, so daß dieser die Frist nicht mehr wahren kann [3].

Abgesehen von diesen Fallgestaltungen galt, daß der Angeklagte alles Erforderliche getan hatte, wenn er einen zugelassenen Anwalt mit der Einlegung des Rechtsmittels betraut und ihm Zustellungsvollmacht erteilt hatte. [4] Der Angeklagte wurde insbesondere nicht als verpflichtet angesehen, den Anwalt hinsichtlich der Fristwahrung zu überwachen [5].

a) Während der BGH den vorstehenden Grundsätzen zunächst treu geblieben ist [6], hat er in BGH = NJW 1973, 1138 neue schärfere Anforderungen an die Mitverantwortung des Angeklagten hinsichtlich der Wahrung prozessualer Fristen gestellt. Der vom BGH

1) RGSt 70, 186 (190); BayObLG = NJW 1963, 601; OLG Hamm = NJW 1973, 1338;

2) BayObLGSt 55, 188

3) BGH StR 107/55 vom 11.10.1955, zitiert bei Dallinger in MDR 1956, 11

4) Dittmar, aaO., S. 270

5) OLG Koblenz = NJW 1962, 977; KG = JR 1947, 32; auch schon RGSt 70, 186 (192)

6) Vgl. BGHSt 14, 306 und BGHSt 25, 89. Die dort entschiedenen Fälle lassen sich in die 1. Fallgruppe einordnen, da die Angeklagten jeweils positiv von der Unzuverlässigkeit ihrer Anwälte Kenntnis hatten.

zu entscheidende Fall lag folgendermaßen:

Ein wegen Steuerhehlerei und Vergehens gegen das Opiumgesetz verurteilter Angeklagter hatte rechtzeitig Revision eingelegt. Sein Verteidiger hatte die Revisionsbegründungsfrist vorsätzlich verstreichen lassen. Schon vor Zustellung des Urteils und auch während des Laufs der Begründungsfrist hatte der Angeklagte den Verteidiger sehr häufig angeschrieben und auf die Bedeutung seiner Revision hingewiesen. Daraufhin hatte ihm der Verteidiger geantwortet, seine Sache werde mit aller Sorgfalt bearbeitet. Noch am Tage des Ablaufs der Revisionsbegründungsfrist war dem Angeklagten durch den Unterbevollmächtigten des Verteidigers bestellt worden, daß mit der Revision "alles in Ordnung" sei.

Der BGH hat den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt. Das Mitverschulden des Angeklagten, so die Begründung, könne darin liegen, daß er selbst nichts unternimmt, obwohl er mit einer schuldhaften Fristversäumnis des Verteidigers rechnet oder rechnen mußte. Zur ordnungsgemäßen Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs müsse auch das Fehlen von Anlässen für eigenes Tätigwerden dargelegt und glaubhaft gemacht werden. Dies sei nicht geschehen. Vielmehr habe der Angeklagte die nur vagen Auskünfte seiner Verteidigung zum Anlaß nehmen müssen, eine eigene Begründung zu Protokoll der Geschäftsstelle zu geben oder seinen Verteidiger zur rechtzeitigen Revisionsbegründung nachdrücklich anzuhalten.

Nach der vorstehenden Entscheidung soll nunmehr nicht nur denjenigen Angeklagten eine Mitwirkungspflicht treffen, der die Unzuverlässigkeit seines Verteidigers positiv erkannt hat, sondern auch denjenigen Angeklagten, der die Unzuverlässigkeit

nicht erkannt hat, bei Einhaltung des vom BGH aufgestellten Sorgfaltsmaßstabes aber hätte erkennen können. Dieser Sorgfaltsmaßstab zwingt den Angeklagten dazu, seinen Verteidiger bezüglich der Einhaltung der Rechtsmittelfristen aufmerksam zu überwachen, um gegebenenfalls durch eigene Rechtshandlungen für die Fristwahrung sorgen zu können. Diese gesteigerte Mitwirkungspflicht soll nach der Vorstellung des BGH eine gewisse Intelligenz des Angeklagten zur Voraussetzung haben [1] und vor allem von der Qualität der Auskünfte abhängen, die die Verteidigung dem Angeklagten bezüglich der Einhaltung der Frist gibt [2].

b) Die dargestellte Entscheidung ist in der Literatur auf fast einhellige Ablehnung gestoßen [3]. Lediglich Peters [4] stimmt ihr im Ergebnis zu, wobei er sich generell sogar für eine noch restriktivere Handhabung des Wiedereinsetzungsrechts ausspricht als der BGH. In sämtlichen Fällen, so meint Peters, in denen - wie in BGH = NJW 1973, 1138 - der Verteidiger die Revisionsbegründungsfrist bewußt überschreite, dürfe dem Angeklagten keine Wiederein-

1) Vgl. BGH aaO.: "... hätte für den ... als sehr intelligend und gewandt geschilderten Angeklagten ... Anlaß sein müssen ..."

2) "..., daß dem Angeklagten auf seine Aufragen und Hinweise von den Verteidigern nur vage Antworten erteilt worden sind, und daß er keinen Anlaß hatte, sich bei solchen hinhaltenden Mitteilungen zu beruhigen ..."

3) Janknecht, Anm. zu BGH = NJW 1973, 1138 in NJW 1973, 1890; Dahs, AnwBl 1973, 331; Dittmar, MDR 1975, 270; Roxin, § 22 B V

4) Anm. zu BGH = NJW 1973, 1138 in JR 1973, 471

setzung gewährt werden, gleichgültig, ob er davon wußte oder nicht oder ob er dies hätte verhindern können oder nicht.
Diese Ansicht hat jedoch die mißliche Konsequenz, daß im Strafprozeß ein Einbruchstor für § 85 Abs. 2 ZPO geschaffen würde, wenn der Angeklagte regelmäßig für vorsätzliche Fristüberschreitung seines Verteidigers einzustehen hätte. § 85 Abs. 2 ZPO darf aber für den Angeklagten gerade nicht gelten [1].

Die Kritiker der in NJW 1973, 1138 abgedruckten BGH-Entscheidung wenden sich mit beachtlichen Argumenten gegen die Überwachungspflicht, die der BGH dem Angeklagten gegenüber seinem Verteidiger auferlegen will. Dittmar [2] trägt hierzu vor, der Angeklagte sei als juristischer Laie auf die fachmännische Tätigkeit des Verteidigers angewiesen; ihm fehle in aller Regel die Qualifikation, diesen bei seiner Tätigkeit zu überwachen. Um dieses Argument zu ergänzen, sei darauf hingewiesen, daß sich die Überwachungstätigkeit des - zumeist in Haft befindlichen - Angeklagten ja auch bereits darin erschöpfen muß, sich mit Anfragen an den Verteidiger zu wenden. Mehr kann der Angeklagte nicht tun. Wie oft aber, so muß sich der BGH mit Janknecht [3] fragen lassen, muß sich der Angeklagte bei seinem Verteidiger erkundigen, um seiner angeblichen Überwachungspflicht Genüge zu leisten? Weitere Fragen werfen die vom BGH aufgestellten Kriterien der Intelligenz des Angeklagten sowie der Qualität der Verteidigerinformationen auf [4].

1) Vgl. oben, S. 111 ff.
2) aaO., S. 272
3) aaO., S. 1890
4) Vgl. oben, S. 117 und Fn. 1 und 2 ebenda

Wie intelligent soll denn nach der Vorstellung des BGH ein Angeklagter sein, um ihm eine Überwachungspflicht zumuten zu können? Und wie intensiv muß denn der Verteidiger dem Angeklagten versichern, er werde die Rechtsmittelfrist einhalten? Bei welcher Formulierung kann sich der Angeklagte beruhigen und bei welcher wird er Anlaß haben müssen, selbst für die Einhaltung der Frist tätig zu werden? Die Fragestellung zeigt schon, daß der BGH hier Kriterien liefert, die nur sehr schlecht eingrenzbar sind und deshalb die Gefahr in sich tragen, die Mitwirkungspflicht des Angeklagten bei der Einhaltung von Fristen überzustrapazieren. Abgesehen davon muß stark bezweifelt werden, ob der BGH sein mit dieser Entscheidung offensichtlich angestrebtes Ziel, die Disziplin bei der Wahrung der Rechtsmittelfristen zu erhöhen, tatsächlich erreicht. Sollte der BGH eine breite Basis finden [1], so wird sich unter den Strafverteidigern sehr bald die bereits oben erwähnte Entscheidung BGHSt 25, 89 herumgesprochen haben. Dort war es sogar offenkundig, daß es der Verteidiger mit der Einhaltung prozessualer Vorschriften nicht so genau nahm. Dennoch hat der BGH ausnahmsweise Wiedereinsetzung gewährt, weil es die Verteidigung vermocht hatte, den Angeklagten durch intensive Versicherungen davon zu überzeugen, daß die Frist eingehalten werde. Danach braucht der Strafverteidiger lediglich überzeugend genug zu bekräftigen, daß er die Rechtsmittelfrist einhalten werde,

1) Zustimmend bereits OLG Köln = VRS 46, 198; OLG Hamm = MDR 1974, 248

um so für seinen Mandanten das Risiko auszuschalten, mit einem Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen zu werden. Mit diesem simplen Trick könnte die Verteidigung die vom BGH so stark betonte Mitverantwortung des Angeklagten bezüglich der Fristwahrung zurückdrängen [1].

Daß der BGH auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Teil sehr reserviert aufgenommen worden ist, zeigt die in MDR 1973, 868 abgedruckte Entscheidung des OLG München. Dieses Gericht hat in einem Fall, in dem der Verteidiger mit dem Angeklagten abgesprochen hatte, die Berufung aus taktischen Gründen erst in den letzten Stunden der Frist einzulegen, für den Angeklagten keinerlei Anlaß gesehen, aktiv auf die Einhaltung der Frist hinzuwirken. Zur Begründung weist das OLG auf den allgemein anerkannten Grundsatz hin, daß die Verteidigung in aller Regel eine Frist voll ausnutzen darf [2]. Bei voller Ausnutzung einer Frist, so fährt das OLG einleuchtend fort, erhöhe sich zwar die Sorgfaltspflicht, jedoch nur für den Anwalt und nicht für den Angeklagten. Wenn also nach der richtigen Entscheidung des OLG München selbst denjenigen Angeklagten keine Mitwirkungs- und Überwachungspflichten treffen, dem das erhöhte Risiko einer vollen Fristausnutzung

1) Hierauf hat auch der Generalbundesanwalt in BGHSt 25, 89 hingewiesen.

2) OLG München aaO., unter Berufung auf RG = HRR 40, 691; BGHZ 2, 31; Thomas/Putzo, 11. Aufl., Vorbem. II, 1 vor § 230 ZPO, m.w.N.; Dahs, aaO., S. 331. Vgl. auch oben, S. 107 und Fn.1 ebenda.

von vornherein bewußt ist, so muß dies erst recht für den Angeklagten gelten, der - wie im hier erörterten BGH - Fall - außer der allgemeinen Versicherung, sein Rechtsmittel werde sorfältig bearbeitet, von seiner Verteidigung über den Zeitplan hinsichtlich der Rechtsmitteleinlegung oder - begründung keine genauen Angaben erhält.

Die in NJW 1973, 1138 abgedruckte BGH - Entscheidung ist somit abzulehnen. Gemäß der Fallgruppe 1 (oben, S. 114) sollte dem Angeklagten ein durch Vernachlässigung einer Mitwirkungspflicht begründetes Mitverschulden nur in denjenigen Ausnahmefällen zur Last gelegt werden, in denen er positiv von der Unzuverlässigkeit seines Anwalts bezüglich der Einhaltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen weiß, sich aber gleichwohl passiv verhält.

c) aa) Sehr weit zieht auch Wendisch [1] die Grenze der Mitverantwortlichkeit des Angeklagten an der vom Verteidiger verursachten Fristversäumnis, wenn er ausführt, der Angeklagte dürfe nicht noch nach Jahr und Tag Revisionsrügen mit der Begründung nachschieben, sein Verteidiger habe den betreffenden Verfahrensmangel nicht "entdeckt". Dem Einwand, der Angeklagte dürfe nicht noch nach "Jahr und Tag" derartige Revisionsrügen nachschieben, ist schon dadurch Rechnung getragen, daß als äußerste zeitliche Grenze des Nachholens einzelner Rügen die Sachentscheidung des Revisionsgerichts angesehen werden muß [2]. Wie ist aber der Fall zu entscheiden, wenn der Angeklagte den besagten Wiedereinsetzungsantrag nicht nach "Jahr und Tag", sondern alsbald nach Fristablauf - vor Ergehen der Sachentscheidung des Revisionsgerichts - anbringt? Wenn man - wie dies auch Wendisch tut - den Grundsatz anerkennt, daß bei Fehlern des Verteidigers die Wiedereinsetzung versagt bleibt, wenn den Angeklagten selbst ein Mitverschulden an der Fristversäumung trifft, dann ist es nicht ohne weiteres verständlich, daß dies auch für die Fälle gelten soll, in denen der betreffende Verfahrensmangel vom Verteidiger überhaupt nicht entdeckt wird. Denn in diesen Fällen hat der Angeklagte den Verfahrensmangel typischerweise ebensowenig entdeckt wie sein Verteidiger, so daß von einer irgendwie gearteten Mitverantwortlichkeit an der Säumnis nicht die Rede sein kann.

1) Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 56

2) Vgl. oben S. 96 ff.

bb) Das Problem des von Wendisch angesprochenen Falles scheint dann auch nicht im Bereich des Verschuldens im Sinne des § 44, sondern vielmehr im Bereich der Verwirkung prozessualer Rechte angesiedelt zu sein.

In der Tat halten Walther [1] und Fuhrmann [2] eine Verfahrensrüge, die in der Hauptverhandlung infolge bloßer Unaufmerksamkeit oder vermeidbarer Rechtsunkenntnis nicht entdeckt wird und deren rechtzeitige Beanstandung deshalb unterbleibt, für verwirkt. Eine unter diesen Umständen erhobene Revisionsrüge sei rechtsmißbräuchlich. Fuhrmann sieht den Vorteil dieser Auffassung insbesondere darin, daß die Beteiligten dazu erzogen würden, auf Verfahrensverstöße des Gerichts zu achten und deren rechtzeitige Heilung zu veranlassen. Damit würde aber über die Verwirkung für den Angeklagten und seinen Verteidiger eine Kontroll- und Rügelast eingeführt, die in Wahrheit nicht besteht. Die Gerichte, nicht die Verfahrensbeteiligten tragen die Verantwortung für ein ordnungsgemäßes Verfahren [3]. Die alleinige Verantwortlichkeit des Gerichts ist im geltenden Gesetz eindeutig

1) Diss., S. 78 ff. (87)
2) NJW 1963, 1230 (1232,1233)
3) OLG Frankfurt = HESt 3, 39; OLG Hamm = VRS 14, 370 (371); Schmid, Die Verwirkung von Verfahrensrügen, S. 332; Peters, S. 202 und 574; Jescheck in GA 1953, 89; Meyer in Löwe/Rosenberg, § 337, Rdnr. 229; a.A.: Wolff in NJW 1953, 1658, der "tätig Teilnahme" an der Hauptverhandlung verlangt.

erkennbar: Formzwang, Untersuchungsmaxime und gerechte Urteilsfindung sind derart untrennbar miteinander verquickt, daß die Pflicht zur Wahrung vorgeschriebener Formen nichts anderes ist als die "prozessuale Ausstrahlung" der in den §§ 155, 244 dem Gericht auferlegten Amtspflicht, mit Hilfe der Staatsanwaltschaft ein gerechtes Urteil von Amts wegen und ohne Rücksicht auf Zugeständnisse und Verzichtserklärungen der Verfahrensbeteiligten zu finden [1]. Für den Angeklagten und den Verteidiger besteht daneben keine Mitwirkungspflicht zur Wahrung der Formvorschriften. Das Gesetz erwartet - vor allen Dingen von dem schuldigen Angeklagten - vernünftigerweise keine aktive Mitwirkung bei der Ermittlung des wahren Sachverhalts und bei der Wahrung der Verfahrensförmlichkeiten.

Darüber hinaus würden die Verwirkungsmöglichkeiten in bedenklicher Weise ausgedehnt, wollte man jeden Fall der Unaufmerksamkeit oder der vermeidbaren Unkenntnis von Verfahrensfehlern und deren Abhilfemöglichkeit zum Anlaß einer Rügeverwirkung nehmen. Unaufmerksamkeit und vermeidbare Unkenntnis sind subjektive Merkmale, die gesetzlich nicht nicht normiert sind. Mit Recht hat Weber [2] darauf hingewiesen, daß die Tatsacheninstanzen sich schon mit den gesetzlich geregelten Mißbrauchsfällen, die an die Motive und subjektiven Einstellungen der Verfahrensbeteiligten anknüpfen [3], schwer

1) Schmid, S. 300 f.

2) GA 1975, 289 ff (297)

3) Vgl. etwa § 26 a Abs.1 Ziff. 3, wonach die Richterablehnung unzulässig ist, wenn durch sie das Verfahren offensichtlich nur verschleppt oder nur verfahrensfremde Zwecke verfolgt werden sollen. Das Merkmal der Prozeßverschleppung findet sich auch in den §§ 244 Abs.3 S.2, 245 S.1 und 266 Abs.3 S. 1.

tun und wegen der entstehenden Beweisschwierigkeiten etwa auf die Prozeßverschleppung nur sehr ungern oder nur dann zurückgreifen, wenn sich kein anderer Ablehnungsgrund finden läßt. Um so weniger erscheint es daher angebracht, durch Rechtsfortbildung einen neuen, an subjektive Merkmale anknüpfenden Mißbrauchstatbestand zu schaffen, der nur Unsicherheiten in das Revisionsrecht hineintragen würde. Denn welcher Verteidiger würde schon eingestehen, die Verfahrensrüge aus Unaufmerksamkeit übersehen oder gar von der Existenz der verletzten Verfahrensnorm oder deren Beanstandungsmöglichkeit nicht gewußt zu haben, wenn er Gefahr liefe, die Rüge durch dieses Eingeständnis zu verlieren ? Im übrigen ließe sich bei der von Walther und Fuhrmann ins Auge gefaßten Ausweitung der Verwirkungsmöglichkeiten die Gefahr nicht völlig ausschließen, daß die Gerichte nicht nur zweckfremde Prozeßhandlungen zurückweisen, sondern auch solche, die ihnen lästig und unbequem sind [1].

Daß auch der BGH der Anerkennung gesetzlich nicht geregelter Mißbrauchsfälle ablehnend gegenübersteht, hat jüngst noch der in JR 1980, 218 f. abgedruckte Beschluß des 5. Strafsenates gezeigt. Dort hatte sich der BGH mit einem Fall zu befassen, in dem die Verteidigerin am letzten Hauptverhandlungstag ohne Erfolg ein Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden angebracht, die besondere Beurkundung verschiedener Verfahrensvorgänge, die Vernehmung des Sicherheitsbeauftragten des AG und eine Änderung der Einlaßkontrollen verlangt, sowie die

1) Weber, aaO., S. 299, 300 und 303; ähnlich auch Meyer in Anmerkung zum Beschluß des BGH - 5 StR 713/78 in JR 1980, 219 f.

Aussetzung der Hauptverhandlung und eine Untersuchung der Angeklagten auf ihre Verhandlungsfähigkeit beantragt hatte. Daraufhin hatte das Gericht im Beschlußwege verkündet, es würden von der Verteidigerin - mit Ausnahme der Schlußanträge - keine Anträge mehr entgegengenommen. Der bisherige Verhandlungsverlauf habe deutlich gezeigt, daß die Verteidigerin ihr Antragsrecht gröblich mißbrauche, indem sie ständig neue Anträge stelle, die erkennbar auf eine Prozeßverschleppung hinausliefen. Der BGH hat in diesem Beschluß den Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 als erfüllt angesehen. Die Verteidigerin sei nach dem Gesetz befugt gewesen, auch gegen Ende der Verhandlung noch Ablehnungsgesuche für die Angeklagte anzubringen (§ 25 Abs.2), Beweisanträge zu stellen (§246) und sonstige nicht zu den Schlußanträgen gehörende Anträge und Anregungen vorzubringen. Dieses Recht sei ihr durch den Beschluß genommen worden. Die Beschränkung sei in jedem Fall unzulässig. Weder der Vorsitzende noch das Gericht seien befugt gewesen, die Entgegennahme von Anträgen der Verteidigerin - mit Ausnahme der Schlußanträge - schlechthin und von vornherein abzulehnen. Dies käme - so der BGH an der entscheidenden Stelle - einer im Gesetz nicht vorgesehenen Prozeßstrafe gleich.

Nach alledem ist eine Verfahrensrüge, die zunächst infolge Unaufmerksamkeit oder vermeidbarer Rechtsunkenntnis nicht entdeckt wurde, nicht verwirkt. Entgegen Wendisch kann daher einem Angeklagten, der eine Verfahrensrüge mit der Begründung nachschiebt, sein Verteidiger habe habe den betreffenden Verfahrensmangel nicht entdeckt, die Wiedereinsetzung weder unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens noch unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung versagt werden.

G. Können der Privatkläger, der Nebenkläger, der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren und der Antragsteller im Adhäsionsverfahren Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei schuldhafter Fristversäumung ihrer Prozeßvertreter beanspruchen?

I. Wie oben (S. 111 ff.) aufgezeigt, gilt im strafprozessualen Wiedereinsetzungsrecht der Grundsatz, daß der Angeklagte Verschulden seines Verteidigers bei Fristversäumnis nicht zu vertreten hat, wenn ihm kein Mitverschulden angelastet werden kann. Im Gegensatz dazu soll aber nach ganz überwiegender Ansicht dem Privatkläger [1], dem Nebenkläger [2]

1) OLG Hamburg = NJW 1953, 38 und JR 1955, 32; BayObLG = JZ 1952, 429 und BayObLGSt 1970, 9; OLG Düsseldorf = JMBlNRW 1951, 209; OLG Köln = JR 1952, 484 sowie JMBlNRW 1962, 260; OLG Braunschweig = NJW 1954, 1619; OLG Schleswig = SchlHA 1954, 209; OLG Nürnberg = MDR 1964, 252; OLG München = NJW 1965, 120; KG = NJW 1965, 1032; OLG Celle = MDR 1959, 60; Sax in KMR, § 44, Anm. 3; Kleinknecht, § 44, Rdnr. 16; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer, § 44, Anm. 4; Sarstedt, S. 88; H.W. Schmidt in MDR 1963, 638; Löwenheim in NJW 1946/48, 516; im Grundsatz auch Kalthoener, S. 72 ff (92)

2) OLG Hamburg = JR 1955, 32; OLG Celle und OLG Braunschweig, aaO.; OLG München aaO. und NJW 1962, 1530; OLG Köln = JMBlNRW 1962, 260; OLG Frankfurt = GA 1965, 185; BayObLG aaO. und VRS 39, 40; OLG Hamm = JMBlNRW 1955, 226 und NJW 1961, 474; KG aaO.; H.W. Schmidt, Kalthoener, Kleinknecht und Sax, alle aaO.; Poppe in NJW 1953, 1500

sowie dem Antragsteiler im Klageerzwingungsverfahren [1] Verschulden des Prozeßvertreters bei Fristversäumung zugerechnet werden.

Gegenteiliger Auffassung sind das OLG Düsseldorf [2], das OLG Koblenz [3], Wendisch [4], Eb. Schmidt [5], Rutkowsky [6], Schönke [7] und Kohlhaas [8].

1) OLG Hamm = JMBlNRW 1955, 226; OLG Düsseldorf = MDR 1960, 603; OLG Braunschweig, OLG Celle, OLG Hamburg, OLG München, alle aaO.; OLG Frankfurt und OLG Köln aaO.; KMR aaO. und § 172, 8 c; Poppe, H.W. Schmidt und Kalthoener aaO.; Kleinknecht aaO.

2) NJW 1964, 1533

3) NJW 1962, 977

4) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 68

5) § 44, 15

6) NJW 1953, 38, 1962, 1530 und 1964, 1533

7) JZ 1952, 431

8) NJW 1967, 191

II. Die herrschende Meinung geht methodisch sehr uneinheitlich vor.

1. Zum Teil wird vertreten, das Einstehenmüssen des Privatklägers, Nebenklägers und Antragstellers im Klageerzwingungsverfahren für Verschulden ihrer Prozeßvertreter bei Fristversäumung ergebe sich aufgrund einer Auslegung des § 44, speziell aufgrund einer Auslegung des Begriffs des "unabwendbaren Zufalls" gemäß § 44 (alter Fassung) [1]. § 44 umfasse die Haftungsregelung des 85 Abs. 2 ZPO [2] mit, wonach der Vertretene für schuldhafte Fristversäumnis seines Vertreters einzustehen habe.

Für eine derartig "weite" [3] Auslegung des § 44 ergeben sich aber weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des § 44 Anhaltspunkte.

Der Entwurf der StPO beschränkt sich in § 37 auf die Bemerkung: "Der § regelt die Bedingungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wesentlich übereinstimmend mit den übrigen deutschen Strafprozeßgesetzen und correspondirt zugleich mit § 204 der C.Proz.O." Nach diesem Entwurf ist dann im Gesetz der § 44 dem § 211 ZPO (Entwurf § 204 ZPO; heute § 233 ZPO) nachgebildet worden. Eine dem § 85 Abs. 2 ZPO (Entwurf § 203 Abs. 2; Gesetz zunächst § 210 Abs. 2) entsprechende Bestimmung

1) OLG München = NJW 1965, 120; OLG Schleswig = SchlHA 1954, 209; LG Kiel = SchlHA 1948, 209 (210); OLG Hamburg = JR 1955, 31 (32) und NJW 1953, 38; Löwenheim in NJW 1947/48, 516; Poppe in NJW 1953, 1500 (1501); OLG Celle = MDR 1959, 60

2) bis zum 1.7.1977 § 232 Abs. 2 ZPO

3) OLG Hamburg = JR 1955, 31 (32)

wurde nicht in die StPO übernommen. Über den Grund hierfür geben die Materialien keinen Aufschluß. Das OLG Düsseldorf [1] erinnert in diesem Zusammenhang zu Recht daran, daß StPO und ZPO gleichzeitig in Kraft getreten sind, so daß nichts näher gelegen hätte, die Haftungsklausel des § 85 Abs. 2 ZPO in die StPO aufzunehmen, wenn dem Gesetzgeber daran gelegen hätte.

Darüber hinaus kann speziell das Merkmal "unabwendbarer Zufall" schon deshalb nicht im Hinblick auf § 85 Abs. 2 ZPO ausgelegt werden, weil Drittverschulden für den Antragsteller nach § 44 immer ein "unabwendbarer Zufall" ist, es sei denn, er hat die Fristversäumnis mitverschuldet [2]. Eine andere Frage ist die, inwieweit das Drittverschulden dem Antragsteller zuzurechnen ist. Es handelt sich hierbei also - wie Kalthoener [3] treffend bemerkt - nicht um ein Auslegungs-, sondern um ein Zurechnungsproblem.

2. Beim OLG Hamburg [4], bei Löwenheim [5] sowie bei Sax [6] scheinen gar die scharf voneinander zu trennenden Arbeitsmethoden der Auslegung und Analogie durcheinanderzugehen: Das OLG Hamburg spricht nämlich gleichzeitig von "Auslegung" und "entsprechender Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO".

1) NJW 1964, 1533

2) Ständige Rechtsprechung seit RGSt 70, 186 (191) und h.M., vgl. statt aller Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 68, speziell auch für den Privatkläger

3) S. 73

4) JR 1953, 31 (32)

5) NJW 1947/48, 516

6) KMR, § 44, 3 c

Ähnlich verfährt Löwenheim, der einmal um die Auslegung des Begriffs "unabwendbarer Zufall" bemüht ist, andererseits aber auf die Interessenlage des Privatklägers eingeht, was aber nur im Rahmen eines Analogieschlusses nötig wäre. Schließlich sprechen auch KMR von entsprechender Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO und gleichzeitig von Auslegung des § 44.

3. Die stärkste Gruppe innerhalb der herrschenden Meinung geht davon aus, § 85 Abs. 2 ZPO verkörpere einen im gesamten Prozeßrecht gültigen Rechtsgedanken. Während einige auf dieser vermeintlichen Grundlage eine Analogie zu § 85 Abs. 2 ZPO aufbauen [1], wollen andere dem angeblich allgemeingültigen Rechtsgedanken sogar ohne Analogieschluß Gültigkeit für den Privatkläger, Nebenkläger und Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren zubilligen [2].

a) Der Schluß, daß es sich bei der Haftungsregelung des § 85 Abs. 2 ZPO um einen allgemeingültigen Rechtssatz handele, wird in erster Linie aus dem Umstand gezogen, daß sich auch andere

1) BayObLG = JZ 1952, 429; BayObLGSt 1970, 9 ff.; OLG Hamburg = JR 1955, 31 (32); OLG Braunschweig = NJW 1954, 1619; OLG Nürnberg = MDR 1964, 252; H.W. Schmidt, NJW 1963, 638 (640); Kalthoener, S. 82; KMR, § 44, 3 c

2) OLG Schleswig = SchlHA 1954, 209; OLG Köln = JR 1952, 484; KG = NJW 1965, 1032

Verfahrensordnungen nach § 85 Abs. 2 ZPO ausrichten[1].

So enthalten in der Tat § 22 Abs. 2 Satz 2 FGG und § 110 Abs. 1 S. 2 AO dem § 85 Abs. 2 ZPO nachgebildete Fassungen. Die Verwaltungsgerichts- und die Finanzgerichtsordnung, sowie das Sozialgerichts- und das Patentgesetz enthalten Bestimmungen, die auf die ZPO verweisen, vgl. die §§ 173 VwGO, 155 FGO, 202 SGG, 46 o PatG. Das BVerwG [2] hat unter Berufung auf § 173 VwGO den § 85 Abs. 2 ZPO für anwendbar erklärt [3]. Entsprechend hat sich der BFH [4] auf die Verweisungsvorschrift des § 155 FGO berufen, als er § 85 Abs. 2 ZPO im Finanzgerichtsverfahren für anwendbar erklärte. Demgegenüber hat sich allerdings das BSG [5] nicht auf die Verweisungsnorm des § 202 SGG bezogen, sondern gemeint, die Geltung des § 85 Abs. 2 ZPO für das Sozialgerichtsverfahren allein aus dem "im Rechtsverkehr allgemein geltenden und anerkannten" Grundsatz herleiten zu können, "daß der Beteiligte, der einen Rechtsstreit durch einen Vertreter führen läßt, so behandelt wird, als wenn er den Rechtsstreit selbst geführt hätte". Das BPatG [6] schließlich hat zwar die Verweisungs-

1) Vgl. die oben auf S.131 in Fußnote 1 Genannten

2) BVerwGE 13, 181 = MDR 1962, 238

3) Gegen die Geltung des § 85 Abs. 2 ZPO im Verwaltungsgerichtsverfahren aber Redeker/ v. Oertzen, § 60, Anm. 3

4) NJW 1969, 112

5) BSGE 11, 158 = NJW 1960, 502

6) BPatGE 1. 132 (134)

vorschrift des § 46 o PatG bemüht, gleichzeitig dem § 85 Abs. 2 ZPO aber Allgemeingültigkeit zugebilligt.

Aus der obigen Darstellung ergibt sich die folgende Beurteilung: Daß die Haftungsregelung des § 85 Abs. 2 ZPO auch in anderen Verfahrensordnungen ihren Niederschlag gefunden hat, beruht in allen oben angesprochenen Gesetzen auf einer gesetzgeberischen Entscheidung [1] - sei es in Form einer ausdrücklichen Normierung oder in Form einer Verweisungsvorschrift - und gerade nicht auf einem allgemeingültigen Rechtssatz [2]. Wäre das Einstehenmüssen für Vertreterverschulden ein allgemeiner verfahrensrechtlicher Grundsatz, dann hätte der Gesetzgeber in § 22 Abs. 2, Satz 2 FGG und in § 110 Abs.1 S.2AO keine erneute ausdrückliche Normierung zu schaffen brauchen [3].

Weiterhin ist angesichts der Tatsache, daß in der StPO jeglicher Hinweis des Gesetzgebers bezüglich einer Geltung des § 85 Abs. 2 ZPO fehlt, mit Scheffler [4] und Kalthoener [5] auf Beispiele

1) So speziell für § 85 Abs. 2 ZPO auch Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 68

2) Das scheinen die oben zitierten Entscheidungen des BVerwG's und des BFH's ebenfalls erkannt zu haben, da sie sich ausdrücklich auf die jeweiligen Verweisungsvorschriften berufen. Bedenklich dagegen: BSGE 11, 158 und BPatGE 1, 132

3) Ähnlich OLG Düsseldorf, NJW 1964, 1533

4) NJW 1964, 997

5) S. 75, 76

aus anderen Verfahrensordnungen hinzuweisen, in denen die Frage des Einstehenmüssens für Vertreterverschulden bei Fristversäumung ebenfalls nicht geregelt worden ist: Dort hat die mit dieser Frage befaßte Rechtsprechung gerade nicht die Folgerung gezogen, es sei aufgrund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für Vertreterverschulden zu haften, sondern hat genau gegenteilig entschieden.

So hat der BGH [1] in den Fällen des § 8 Abs. 6 des Finanzvertrages [2] Vertreterverschulden bei Fristversäumung als "triftigen Grund" anerkannt, der die Verzichtsfiktion bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung ausschließt. Bezeichnenderweise lauten die Richtlinien der Bundesrepublik für § 8 Abs. 6 FinVertr. vom 25.6.1957 [3]: "Als unabwendbarer Zufall kann es auch angesehen werden, wenn die Frist nur infolge eines Verschuldens eines Bevollmächtigten versäumt worden ist". Im Aufwertungsrecht haben das RG [4] und einige Obergerichte [5] zu § 6 AufNov [6] entschieden, dem

1) NJW 1963, 1776

2) Diese Vorschrift ist inzwischen durch Art. 6 Abs. 3 Nato-Truppen-Statut-Ausführungsgesetz beseitigt, der die ZPO für anwendbar erklärt.

3) MinBlFin, S. 695 ff.

4) RG = JW 1928, 3041 Nr. 9

5) BayObLG = JW 1928, 914 Nr. 2; JW 1929, 670 Nr. 3; KG = JW 1927, 2630 Nr. 1; OLG Stuttgart = JW 1928, 665 (666)

6) § 6 AufNov war dem § 22 Abs.2 FGG nachgebildet, ohne jedoch eine dem § 22 Abs.2 S. 2 entsprechende Regelung zu enthalten.

Antragsteller einer Wiedereinsetzung dürfe ein Verschulden seines Vertreters nicht zugerechnet werden. Das BVerwG [1] hat im Verwaltungsverfahren nach dem Abgeltungsgesetz im Rahmen des § 59 AbgeltG eine vom Vertreter verschuldete Fristversäumung nicht angerechnet. Auch bei § 33 VGG [2] und bei § 4 des KschG vom 10.8.1951 [3] [4] ist dem Antragsteller nach § 44 Vertreterverschulden bei Fristversäumung nicht zugerechnet worden.

Nach alledem kann nicht davon ausgegangen werden, daß das Einstehenmüssen für Vertreterverschulden bei Fristversäumnis ein allgemeiner, das ganze Verfahrensrecht durchziehender Rechtsgedanke ist.

b) Eine andere Meinung glaubt, den gesetzgeberischen Grundgedanken des § 85 Abs. 2 ZPO auf das Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren projizieren zu können. Worin der gesetzgeberische Grundgedanke des § 85 Abs. 2 besteht, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet.

1) BVerwG = NJW 1962, 1692; anders aber BVerwG = BB 1957, 873

2) Hess VGH = VerwRsp 1949 Nr. 30 und 1951 Nr. 30

3) LAG Bremen und ArbG Göttingen in BB 1952, 492

4) Dieses Gesetz ist inzwischen geändert durch Art. 7 des Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 14.8.1969. Der frühere § 4 entspricht dem heutigen § 5; hierzu anders als die unter Fußnote 3 genannten Gerichte: LAG Düsseldorf = VersR 1973, 135

aa) Eine Gruppe meint, der Gesetzgeber habe mit § 85 Abs. 2 ZPO einer Lockerung der Fristenwahrung entgegentreten wollen [1]. Tatsächlich ist diese Überlegung bei der Schaffung der Vorschrift für den Gesetzgeber mitbestimmend gewesen. In den Motiven zur ZPO heißt es auf S. 245: "Die Hervorhebung dieses Satzes erschien angemessen, weil nach einzelnen jetzt geltenden Prozeßrechten die Nachlässigkeit des Vertreters einen Restitutionsgrund bildet, welcher zu erheblichem Mißbrauche geführt hat und dessen Beseitigung geeignet ist, dem Prozeßverfahren die erforderliche Sicherheit und feste Ordnung zu geben".

Mit Recht ist aber darauf hingewiesen worden, die Besorgnis, daß ohne § 85 Abs. 2 ZPO die Sorgfalt der Prozeßvertreter bei der Einhaltung von Fristen nachlassen könnte, sei nicht hoch zu veranschlagen, da bei einem Rechtsanwalt als Prozeßvertreter darauf vertraut werden könne, daß dieser regelmäßig und ohne gesetzlichen Zwang seinen Berufspflichten bestmöglich und sorgfältig nachkommen werde [2].

1) BayObLG = JZ 1952, 429 (430); KG = HESt 1, 162; OLG Köln = JR 1952, 484; LG Limburg = SJZ 1949, 69 (70); LG Kiel = SchlHA 1948, 2096 (2100), Jonas in JW 1932, 1350 zu Nr. 8

2) Kalthoener, S. 80, unter Berufung auf OLG Breslau = DStr. 1934, 268; v. Schwarze, § 44, Anm. 4; OVG NRW = VerwRspr. 1951, Nr. 115

Abgesehen von diesem Einwand könnte § 85 Abs. 2 ZPO, wenn sein Sinn nur darin bestünde, einer Lockerung der Fristenwahrung entgegenzutreten, diese seine Funktion nur dort wirkungsvoll erfüllen, wo Geldforderungen im Raume stehen. Denn nur dort kann der Vertretene seinen Prozeßvertreter für dessen schuldhafte Fristversäumung in Regreß nehmen, so daß der Prozeßvertreter natürlich gehalten wäre, besonders sorgsam auf die Einhaltung der Fristen zu achten. Diese Funktion ist aber selbst im Zivilrecht nicht überall gewährleistet, da es dort nicht durchweg um Geldforderungen geht, wie beispielsweise in Ehe- oder Statussachen. Ebensowenig kann § 85 Abs. 2 ZPO im Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren dazu geeignet sein, wirksam einer Lockerung der Fristenwahrung zu begegnen: Versäumt dort der Prozeßvertreter des Privatklägers, Nebenklägers oder Antragstellers im Klageerzwingungsverfahren schuldhaft eine Frist, so kann er dafür nicht zum Schadenersatz herangezogen werden, weil in diesen Verfahrensarten der staatliche Strafanspruch Gegenstand des Verfahrens ist; für ungesühnte Straftaten kann es keinen finanziellen Ersatz geben [1].

1) Rutkowsky, NJW 1953, 38; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 67

bb) Die zweite Gruppe vertritt die Meinung, § 85 Abs. 2 ZPO beruhe auf der Erwägung, daß es einer Prozeßpartei nicht gestattet werden könne, durch Inanspruchnahme eines Vertreters das Prozeßrisiko zu Lasten des Gegners zu vergrößern [1]. Diese Überlegung mag für das am Prinzip der Waffengleichheit orientierte Parteiverfahren der ZPO zutreffen. Gäbe es § 85 Abs. 2 ZPO nicht, könnte sich das prozessuale Gleichgewicht im konkreten Fall zu Lasten der einen oder der anderen Partei verschieben. Ob man im Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren die Parteimaxime und damit das Prinzip der Waffengleichheit überhaupt gilt, ist sehr fraglich und wird unten noch eingehend zu prüfen sein (S. 148 ff.) Jedenfalls kann die eingangs dargestellte Ansicht über den gesetzgeberischen Grundgedanken des § 85 Abs. 2 ZPO nicht ohne weiteres auf diese Verfahrensarten übertragen werden.

4. Die bisher gewonnenen Ergebnisse können folgendermaßen zusammengefaßt werden: Ein allgemeiner, das ganze Verfahrensrecht durchziehender Grundsatz dahin, daß der Vertretene für Vertreterverschulden bei Fristversäumung einstehen muß, ist nicht feststellbar und gilt daher im Privatklage-,

1) Kalthoener, S. 81; Rilk in NJW 1934, 172 f. Daß § 85 Abs. 2 ZPO auf diesem Grundgedanken beruht, meinen auch BGHZ 2, 205 (207), Jonas in JW 1932, 1350 Nr. 8, Schönke in JZ 1952, 431 und Johannsen in NJW 1952, 525 (526); sie wollen diesen Grundgedanken allerdings nicht auf die in Frage stehenden Verfahrensarten übertragen.

Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren nicht ohne weiteres [1]. Ebensowenig läßt sich der gesetzgeberische Grundgedanke des § 85 Abs. 2 ZPO auf die oben genanten Verfahren übertragen.

5. Mit diesem Zwischenergebnis ist die herrschende Meinung bereits in ihrem grundsätzlichen Ansatzpunkt widerlegt. Damit soll die Untersuchung aber keineswegs abgebrochen werden. Vielmehr soll der Gedanke der Analogie weiterverfolgt werden, um zu überprüfen, wie stichhaltig die weiterführende Argumentation der herrschenden Auffassung ist.

a) In diesem Zusammenhang soll zunächst auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO für den Privatkläger eingegangen werden.

aa) Einige, die dem Privatkläger die schuldhafte Fristversäumung seines Prozeßvertreters entsprechend § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen wollen, meinen offenbar, die Struktur des Privatklageverfahrens laufe mit der Struktur der ZPO weitgehend parallel, so daß schon von daher eine günstige Ausgangsbasis für eine Analogie bestehe. Wäre diese Auffassung zutreffend, so wäre in der Tat die erste Voraus-

1) So im Ergebnis auch Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 44, Rdnr. 68, der der Gegenmeinung vorwirft, sie maße sich eine Entscheidung an, die nur dem Gesetzgeber zustehe. Das gleiche Ergebnis vertreten auch - allerdings ohne nähere Begründung - BGHZ 2, 205 (208) und Rilk = JW 1934, 172 zu Nr. 21

setzung für eine Analogie gegeben, denn dann könnte man im Fehlen einer dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechenden Regelung im Privatklageverfahren eine planwidrige Gesetzeslücke erblicken [1]. Dies ist anscheinend auch die Überlegung, die hinter der hier angesprochenen Ansicht steht. Aus ihren Reihen wird vorgetragen, die "besonderen Verhältnisse und Bedingtheiten des Prozesses", die Grundlage des § 85 Abs. 2 ZPO seien, lägen im Privatklageverfahren ebenso vor wie in der ZPO [2], die "Gestaltung" des Privatklageverfahrens sei der ZPO "ähnlich" [3], das Privatklageverfahren habe "weitgehend zivilprozessualen Charakter" [4]. Das OLG Nürnberg [5] meint schließlich, es bestehe eine weitgehende Angleichung der prozessualen Stellung des Privatklägers an die des Klägers im Zivilprozeß.

bb) Demgegenüber ist von Vertretern der Gegenmeinung ausgeführt worden, der Privatkläger sei "durchaus keine Zivilprozeßpartei" [6], seine Stellung sei von der einer Zivilprozeßpartei "grundlegend verschieden" [7], da er aus eigener

1) Das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke ist die Voraussetzung jeder Analogie. Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 358 m.w.N.

2) BayObLG = JZ 1952, 429 (430)

3) H.W. Schmidt = NJW 1963, 638 (640)

4) Kalthoener, S. 81

5) MDR 1964, 252 (253)

6) Kohlhaas = NJW 1967, 191

7) Rutkowsky = NJW 1953, 38

Aktivlegitimation den Strafanspruch des Staates verfolge und keinen aus dem Privatrecht fließenden Anspruch geltend mache.

cc) (1) Keine der angeführten Meinungen hat es für nötig befunden, die Frage nach der prozessualen Stellung des Privatklägers im Vergleich zur prozessualen Stellung des Zivilprozeßklägers näher zu untersuchen. Dies soll im folgenden geschehen. Dabei ist vorab die Frage zu klären, ob im originären Anwendungsbereich des § 85 Abs.2 ZPO allein die für die ZPO typische Parteimaxime in Form der Dispositions- und Verhandlungsmaxime gilt oder etwa auch zum Teil die Untersuchungsmaxime. Denn nur wenn der originäre Anwendungsbereich des § 85 Abs.2 ZPO bestimmt ist, läßt sich ein exakter Vergleich der dort herrschenden Prozeßmaximen mit den im Privatklageverfahren gültigen Prozeßgrundsätzen anstellen.

(a) Dem BVerfG [1] ist die Frage vorgelegt worden, ob § 85 Abs. 2 ZPO auch in Statussachen, speziell in Kindschaftssachen - wo faktisch die Untersuchungsmaxime gilt [2] - anwendbar ist, oder ob die Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO in diesen Verfahren grundgesetzwidrig ist. Das BVerfG hält die Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO in Statussachen für mit dem Grundgesetz vereinbar. In der Urteilsbegründung hat es ausgeführt, daß gesetzliche Bestimmungen über prozessuale Fristen, insbesondere zur Einlegung von Rechtsmitteln, notwendig seien,

1) BVerfGE 35, 41 ff.
2) §§ 640 Abs.1, 617 Abs.1, 372 a ZPO

damit gerichtliche Entscheidungen nach ungenutztem Fristablauf eine endgültige Wirkung entfalteten. Sollte dieser Zweck nicht vereitelt werden, müsse die Wiedereinsetzung eine Ausnahme bleiben. Unter diesem Blickwinkel sei es weder sachwidrig noch unzumutbar, wenn die Partei eines Zivilprozesses über vermögensrechtliche Streitigkeiten für das Verschulden ihres Vertreters an der Versäumung einer Verfahrensfrist einstehen müsse. Dies gelte auch für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten sowie für sämtliche Statussachen (Ehesachen, §§ 606 ff ZPO; Kindschaftssachen, §§ 640 ff ZPO; Entmündigungssachen, §§ 645 ff ZPO). Das Postulat der Gerechtigkeit werde durch die Geltung des § 85 Abs. 2 ZPO in Verfahren dieser Art, insbesondere in Kindschaftssachen, nicht in unerträglichem Maße zugunsten des Gebotes der Rechtssicherheit mißachtet. Der Rechtssicherheit müsse der Vorrang eingeräumt werden. Für diesen Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit sprechen nach Ansicht des BVerfG's die folgenden Argumente:

1) Das Interesse der obsiegenden Partei sei schutzwürdig.

2) Das Verfahren in Kindschaftssachen biete eine besondere Gewähr für die Richtigkeit der Sachentscheidung.

3) Ein falsches Urteil sei nicht irreparabel.

(b) Die Stichhaltigkeit dieser Argumentation unterliegt -wie v. Schlabrendorf überzeugend nachweist [1] -

1) Dissenting vote zu BVerfGE 35, 41 ff in BVerfGE 35, 51 (59 ff)

durchgreifenden Bedenken :

ad 1) Der These von der Schutzwürdigkeit des Interesses der obsiegenden Partei steht das in der Ausgestaltung des Verfahrens in Kindschaftssachen zum Ausdruck kommende gesteigerte öffentliche Interesse daran entgegen, daß in Kindschaftssachen die materielle Rechtslage zutreffend beurteilt wird. Dieses gesteigerte öffentliche Interesse an der Priorität der materiellen Gerechtigkeit läßt sich daran ablesen, daß in Kindschaftssachen faktisch die Untersuchungsmaxime gilt (§§ 640 Abs.1, 617 Abs.1, 372 a ZPO). Versäumnisurteile gegen den Beklagten sind ausgeschlossen (§§ 640 Abs.1, 612 Abs.4 ZPO). Versäumnisurteile gegen den Kläger haben keine Rechtskraftwirkung (§§ 640 Abs.1, 635 ZPO). Verspätetes Vorbringen kann nur begrenzt zurückgewiesen werden (§§ 640 Abs.1, 611 Abs.2 ZPO). Das Urteil ergeht inter omnes (§ 640 h ZPO).

Hinzu kommt, daß dem Interesse der obsiegenden Partei an der Endgültigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung durch die in § 234 Abs.3 ZPO enthaltene Ausschlußfrist von einem Jahr ausreichend Rechnung getragen wird [1].

ad 2) Ob die oben beschriebene, auf die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit abzielende Ausgestaltung des Verfahrens in Kindschaftssachen in der Praxis tatsächlich eine nach Meinung des BVerfG "erhöhte" Gewähr für die Richtigkeit der Sachentscheidung bietet, erscheint allerdings

1) V. Schlabrendorff, aaO., S. 60 unter Berufung auf das Vorlagegericht OLG Celle

fraglich. V. Schlabrendorff [1] weist zutreffend darauf hin, daß das Vorlagegericht in 3 von 4 vorgelegten Fällen weitere Beweise erheben wollte. Nach Ansicht des Vorlagegerichts ist demnach die erstinstanzliche Entscheidungsgrundlage in tasächlicher Hinsicht unsicher oder gar falsch gewesen. Die vom BVerfG angeführten prozessualen Sicherheiten führen also gerade nicht zu einer klaren Sachverhaltsgrundlage.

ad 3) Ein falsches Urteil in Kindschaftssachen ist - entgegen der Auffassung des BVerfG - praktisch irreparabel, da ein Prozeßverschulden des Anwalts nicht ausgeglichen werden kann. Das BVerfG zwingt die unterlegene Partei, zwei weitere Prozesse zu führen, in denen ihre Erfolgsaussichten äußerst gering sind. Die unterlegene Partei muß gegen ihren Anwalt einen Regreßprozeß führen. In diesem Verfahren wird sich der Anwalt auf die Richtigkeit und die Rechtskraft des Statusurteils berufen. Der unterlegenen Partei stehen keine zusätzlichen Beweismittel zur Verfügung. Der beklagte Anwalt kann sich mit Nichtwissen erklären (§ 138 Abs. 4 ZPO). § 372 a ZPO kommt nicht zum Zuge. Die unterlegene Partei wird infolge der Verhandlungsmaxime an der Beweislage scheitern. Auch die vom BVerfG angesprochene Möglichkeit der Restitutionsklage gem. § 641 i ZPO gewährleistet nicht die behauptete Möglichkeit des Schadensausgleichs. Zum einen gilt die Wiederaufnahme nur subsidiär. Wiederaufnahmegründe, die eine Partei in dem früheren Verfahren schuldhaft nicht geltend gemacht hat, bleiben ausgeschlossen, § 582 ZPO. Das gilt

1) aaO., S. 60

auch für § 641 i ZPO. Abgesehen davon wird es der unterlegenen Partei in der Regel unmöglich sein, in den Besitz eines neuen Gutachtens zu kommen, da sie die obsiegende Partei nicht zur Mitwirkung an einem neuen Blutgruppengutachten zwingen kann. § 372 a ZPO, der dies im Statusverfahren selbst ermöglicht, gilt nach herrschender Ansicht im Wiederaufnahmeverfahren nicht [1].

Unberücksichtigt geblieben ist in der Entscheidung des BVerfG der wichtige Aspekt, daß das Berufungsverfahren in Kindschaftssachen dem Anwaltszwang unterliegt (§78 Abs.1 ZPO). Zwar ist der zivilprozessuale Anwaltszwang verfassungsgemäß. [2] Jedoch gerät die unterlegene Partei in eine "ausweglose" Lage,[3] wenn der von ihr bevollmächtigte Anwalt einen Fehler begeht, der nicht ausgeglichen werden kann. Anwaltszwang und Unmöglichkeit des Schadensausgleichs machen die unterlegene Partei zum Objekt gesetzlicher Regelung, wenn man § 85 Abs. 2 ZPO in Kindschaftssachen gelten läßt.

Darüber hinaus geht es im Kindschaftsprozeß nicht um vermögensrechtliche Ansprüche, sondern um die Feststellung des Abstammungsverhältnisses und damit um die verfahrensrechtliche Durchsetzung der in Art. 6 Abs. 1,5 GG getroffenen Wertentscheidung. Diese Wertentscheidung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG für alle Bereiche des Rechts verbindlich [4], mithin muß sich auch

---

1) OLG Celle = FamRZ 1971, 592(593); Baumbach/ Lauterbach, § 641 i ZPO, Anm.2

2) BVerfGE 9, 194(198 f.); 10, 264(267)

3) V. Schlabrendorff, aaO., S. 64

4) BVerfGE 6, 55(72 ff.); 22, 93(98); 28, 324(347)

§ 85 Abs. ZPO daran messen lassen. Die Durchsetzung dieser Wertentscheidung ist von erheblicher Bedeutung, weil die "Ungewißheit über die Person des Vaters die leibliche und seelische Entwicklung eines Kindes und seine Stellung in der Gesellschaft beeinträchtigen kann, zumal unsere Rechtsordnung ... an die Abstammung vielfältige Rechtsfolgen knüpft" [1]. Gegenüber der besonderen Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 und 5 GG, der die sich frei entfaltende Persönlichkeit in den Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung und des gesamten Rechts stellt [2], fällt das Interesse der obsiegenden Prozeßpartei an der Endgültigkeit der richterlichen Entscheidung nicht entscheidend ins Gewicht.

Mit v. Schlabrendorff ist nach alledem davon auszugehen, daß die Anwendung des § 85 Abs. 2PO in Statussachen grundgesetzwidrig ist.

In der Literatur ist die dissenting vote v. Schlabrendorffs mehrfach auf Zustimmung gestoßen [3]. Die Gerichte sind dagegen wegen der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG an die Entscheidung des BVerfG's gebunden [4].

§ 31 BVerfGG verordnet jedoch kein "Denkverbot" [5].

1) BVerfGE 8, 210 (215)

2) BVerfGE 5, 85 (204 f); 21, 362 (369, 372); 25, 167 (179)

3) Bosch in FamRZ 1973, 449; Berkemann in FamRZ 1974, 294 f; Peters in FamRZ 1975, 122

4) Gleichwohl ist das OLG Stuttgart (DAVorm 1974, 187 ff) dem BVerfG nicht gefolgt und hat § 85 Abs. 2 ZPO in einer Kindschaftssache, in der der ersten Instanz ein wesentlicher Verfahrensfehler nach § 539 ZPO unterlaufen war, nicht angewendet. Diese Entscheidung ist - wie Berkemann (aaO., S. 294) zutreffend feststellt - ein in der Rechtsprechung "bemerkenswerter"Vorgang.

5) Berkemann, aaO., S. 295

Insbesondere verbietet es § 31 BVerfGG nicht, einen wissenschaftlichen Standpunkt einzunehmen, der von der Auffassung des BVerfG's abweicht.

Damit ist dargetan, daß im originären Anwendungsbereich des § 85 Abs. 2 ZPO allein die Parteimaxime in Form der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, nicht aber der Untersuchungsgrundsatz gilt. Auf dieser Grundlage kann nunmehr geprüft werden, ob sich das Privatklageverfahren ebenfalls an der Parteimaxime orientiert, ob also - wie die eingangs dargestellte Lehre [1)] behauptet - die Ausgestaltung des Privatklageverfahrens weitgehend zivilprozessualen Charakter trägt.

1) S. 140 und Fn. 2 - 5 ebenda

(2) Als echte Partei sehen den Privatkläger an : Gerland [1], Bennecke/Beling [2], Binding [3], Beling [4] und Henkel [5].

Als Parteivertreter, der anstelle des Staates dessen Strafanspruch geltend macht, bezeichnen den Privatkläger Rosenfeld, [6], v. Kries [7], Graf zu Dohna [8] und Ullmann [9].

Roxin [10] meint, das Privatklageverfahren sei kein echtes Parteiverfahren, zeige aber "Einschläge" des Parteiverfahrens. Peters [11] und Sax [12] wollen den Parteibegriff ganz vermeiden; für Peters ist der Privatkläger Prozeßträger, für Sax Prozeßsubjekt.

(3) Die Frage, inwieweit für den Privatkläger der Parteibegriff zutrifft, läßt sich am besten in Gegenüberstellung zu der Frage beantworten, inwieweit der Parteigedanke für die Hauptform des Strafprozesses, das Offizialverfahren, anwendbar ist.

1) GS 60, 157 (159 und 165)
2) S. 63 f. : "einseitige" Parteistellung
3) GS 72, 1 ff. (4)
4) S. 450
5) ZStW 56, 227 ff. (244) : "reines Parteiverfahren"; Lehrbuch S. 194
6) S. 114
7) S. 188
8) S. 226
9) S. 546
10) S. 336
11) S. 169
12) Einleitung 9, S. 53

Eine ältere, heute nicht mehr vertretene Lehre legt einen materiellen Parteibegriff zugrunde, wonach der Staat, der den Strafanspruch hat, und der Beschuldigte, gegen den der Anspruch besteht, als Parteien bezeichnet werden [1]. Mit Recht ist gegen diese Lehre eingewendet worden, daß es mit dem Parteigedanken unvereinbar ist, wenn der Staat als Träger der Entscheidungsgewalt eine Parteistellung bekleide [2].

Nach dem formellen Parteibegriff sind diejenigen als Parteien zu bezeichnen, die im Strafverfahren konkret in Erscheinung treten, also Strafverfolgungsberechtigte und Strafverfolgte [3]. Parteien im formellen Sinne können demnach sein: der Staatsanwalt, der Privatkläger, der Nebenkläger, der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren, sowie der Angeklagte.

Die heute herrschende Meinung lehnt den Parteibegriff für das Offizialverfahren ab [4]. Dieser Ansicht ist aufgrund der folgenden Erwägungen zuzustimmen:

Das Gesetz vermeidet den Ausdruck "Parteien". Es spricht statt dessen vom "Staatsanwalt" und vom "Angeklagten" (vgl. §§ 258, 266).

1) Graf zu Dohna, Das Strafverfahren, S. 254; ders., Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 1929, S. 235; Rosenfeld, S. 78, 79

2) Bierling in ZStW 10, 251 (310); Sauer, S. 304

3) Beling, S. 123 ff.; Birkemeyer, S. 292 ff (295), Sauer, S. 302; so wohl auch Kern, 7. Aufl. S. 66

4) Schäfer in Löwe/Rosenberg, Einleitung Kap. 9, Rdnr. 4; KMR, Einl. 9, S. 53; Eb. Schmidt, Teil I, Nr. 125 ff.; Henkel, S. 105 ff. ; Gerland, S. 39, 40; Bader in NJW 1949, 737 ff.; ebenso schon Bierling, ZStW 10, 251 (310)

Kennzeichen des Parteiverfahrens ist, daß die streitenden Parteien die gleichen verfahrensrechtlichen Befugnisse haben. Dieses sogenannte Prinzip der Waffengleichheit gilt im Offizialverfahren aber nicht: Während dem Staatsanwalt der gesamte Ermittlungsapparat zur Verfügung steht, muß sich der Angeklagte Vorführung, Durchsuchung oder Beschlagnahme seiner Korrespondenz gefallen lassen [1].

Weiterhin gilt im Parteiprozeß die Dispositionsmaxime. Demgegenüber können im Offizialverfahren die Beteiligten nicht über den Prozeßgegenstand, den staatlichen Strafanspruch, verfügen. So gibt es keinen Verzicht der Staatsanwaltschaft und kein Anerkenntnis des Beschuldigten. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens kann die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage auch nicht mehr zurücknehmen (§156). Es gilt also nicht die Dispositions- sondern die Inquisitionsmaxime. Infolgedessen ist das Gericht im Offizialverfahren auch nicht an die Anträge der Beteiligten gebunden (§ 155 Abs.2).

(4) Für das Privatklageverfahren könnte indessen eine andere Beurteilung geboten sein als für das Offizialverfahren. Denn im Privatklageverfahren finden sich Anhaltspunkte, die möglicherweise auf eine Geltung der Parteimaxime und des Prinzips der Waffengleichheit schließen lassen.

1) Gerland aaO., S. 39, 40; Henkel, S. 106

Zunächst spricht das Gesetz selbst in § 380 Abs. 4 von "Parteien". Die Beteiligten des Privatklageverfahrens können einen Vergleich schließen [1]. Die Privatklage kann zurückgenommen werden (§ 391). Der Beschuldigte kann Widerklage erheben (§ 388).

(a) Die Tatsache, daß das Gesetz in § 380 Abs. 4 selbst den Ausdruck "Parteien" gebraucht, zwingt aber noch nicht zu dem Schluß, der Gesetzgeber habe im Privatklageverfahren den Parteibegriff zugrunde legen wollen. Viel näher liegt der Schluß, daß dieser Begriff nur untechnisch gemeint ist, denn in allen übrigen Fällen, in denen Privatkläger und "Privatbeklagter" gleichzeitig erwähnt werden, ist ausdrücklich die Rede vom "Privatkläger" und vom "Beschuldigten", bzw. vom "Privatkläger" und vom "Angeklagten" (vgl. §§ 386 Abs. 2, 387 Abs. 2 und 3).

(b) Was den Privatklagevergleich anbelangt, so ergibt sich aus einer Gegenüberstellung mit dem zivilprozessualen Vergleich folgendes:

Der zivilprozessuale Vergleich, der nur unvollkommen geregelt ist [2], hat nach herrschender

1) Die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses im Privatklageverfahren ist im Gegensatz überhaupt nicht erwähnt. Gleichwohl ist sie allgemein anerkannt, vgl. Eb. Schmidt, Vorbem. 25 vor § 374 mit zahlreichen Nachweisen.

2) Die Grundvoraussetzungen finden sich in § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; § 160 Abs. 2 Nr. 1 ZPO fordert die Protokollierung; § 98 ZPO regelt die Kosten.

Meinung [1] eine Doppelnatur : Er ist materiell - rechtliches Rechtsgeschäft (§ 779 BGB) und Prozeßvertrag [2]. Er dient somit der Neuordnung der materiell - rechtlichen Beziehungen der Parteien und hat gleichzeitig unmittelbar prozeßbeendigende Wirkung.

Diese Funktion vermag der Privatklagevergleich aber nicht zu erfüllen.

Im Privatklageverfahren handelt es sich dem Gegenstand nach nicht um zivilrechtliche Ansprüche, die der Verfügungsgewalt der Parteien unterliegen, denn das Privatklageverfahren ist ein öffentliches Strafverfahren, dessen Ziel die Verhängung einer kriminellen Strafe ist [3]. Über den staatlichen Strafanspruch können die Beteiligten aber keinesfalls disponieren. Eine Vereinbarung über eine Bestrafung gibt es nicht [4]. Nur der Staat selbst kann über seinen Strafanspruch verfügen, etwa durch Gnadenerweis oder Amnestie [5].

1) BGHZ 16, 388(390); 46, 277(278); BGH = NJW 1980, 1754; Rosenberg/Schwab, § 132 III, 1 c; Stein-Jonas, § 794 ZPO, II

2) Zeiss, § 66 IV, 1 spricht hier treffend von "Prozeßbeendigungsvertrag"

3) Wendisch in Löwe/Rosenberg, Rdnr.3 vor § 374; Gerland in GS 60, 157(171)

4) Siehe auch LG Frankfurt = NJW 1959, 1454

5) Vgl. diese Beispiele bei Dürwanger, Handbuch des Privatklagerechts, S. 17, 18

Somit steht fest, daß dem Privatklagevergleich im Gegensatz zum Zivilprozeßvergleich die materiell-rechtliche Komponente fehlt.

Der Privatklagevergleich hat nur prozeßrechtliche Bedeutung. Diese besteht darin, daß der Privatkläger auf sein Recht verzichten kann, dem Gericht die Bestrafung des Angeklagten anzutragen. Jeder Privatklagevergleich enthält demgemäß eine Klagerücknahme [1] (§ 391). Als "Gegenleistung" gibt der Angeklagte zumeist eine Ehrenerklärung ab, oder er verpflichtet sich zur Kostentragung.

Aber auch hinsichtlich dieser prozeßrechtlichen Komponente weicht der Privatklagevergleich vom Zivilprozeßvergleich ab. Während letzterer unmittelbar prozeßbeendigende Wirkung hat, ist im Privatklagevergleich nach der Rücknahmeerklärung noch ein Einstellungsbeschluß erforderlich [2]. Die Gegenmeinung [3], die dem Privatklagevergleich unmittelbar prozeßbeendigende Wirkung beimessen will, übersieht, daß das Privatklageverfahren ein Strafverfahren ist, das durch einen Eröffnungsbeschluß (§ 383 Abs. 1) rechtshängig wird und daher dementsprechend auch nur durch eine gerichtliche Entscheidung wieder beendet werden

1) Allgemeine Ansicht, vgl. statt aller Eb. Schmidt, Vorbem. 25 vor § 374

2) Kleinknecht, Rdnr. 12 vor § 374; Peters, S. 507; Henkel, S. 411; Gerland, Lehrbuch, S. 454; Graf zu Dohna, S. 230; Dürwanger, S. 435; Hartung in DRiZ 1953, 225; Löwe/Rosenberg, § 391, Rdnr. 13; KMR, Vorbem. 3 b vor § 374

3) Eb. Schmidt, Vorbem. 27 vor § 374; Beling, S. 454; Müller in DRiZ 1954, 51; LG Kassel = NJW 1951, 373; LG Wuppertal = MDR 1957, 502

kann. Es wäre eine"Systemwidrigkeit" [1], wollte man die Frage, ob ein Strafverfahren noch anhängig ist oder nicht, von Parteierklärungen abhängig machen, die vielfach noch auslegungsbedürftig oder an Bedingungen geknüpft sind.

Abschließend sei darauf hingewiesen, daß der Zivilprozeßvergleich die in Frage stehenden Ansprüche endgültig regelt - wenn man einmal von der Möglichkeit einer Anfechtung absieht [2]. Der Beklagte kann also in der Regel vor nochmaliger Inanspruchnahme sicher sein. Der Privatklagevergleich kann demgegenüber den staatlichen Strafanspruch nicht aus der Welt schaffen. Daher besteht auch noch nach Vergleichsschluß und der damit verbundenen Klagerücknahme die Möglichkeit, daß die Staatsanwaltschaft bei Bejahung eines öffentlichen Interesses die Verfolgung übernimmt. Der Vergleichsschluß verbraucht die Strafklage nicht [3]. Der "Privatbeklagte" ist daher vor einer weiteren Verfolgung und Bestrafung keineswegs sicher.

Der Privatklagevergleich unterscheidet sich somit

1) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 391, Rdnr. 15
2) Der Privatklagevergleich ist dagegen nicht anfechtbar, vgl. Löwe/Rosenberg, § 391, Rdnr. 25; LG Frankfurt = NJW 1959, 1454
3) Pentz in MDR 1965, 885 (886); Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 392, Rdnr.3; Kleinknecht, § 392, Rdnr.2; Eb. Schmidt, § 392, Anm. III; KMR, § 392, Anm.3; BayObLGE 12, 229 ; OLG Stuttgart = JR 1953, 349

entschieden vom Zivilprozeßvergleich [1].

(c) Die Widerklage, § 388, ist ihrem Wesen nach ebenfalls eine Privatklage [2]. Lediglich die §§ 379, 379a, 380 gelten nicht. Die Widerklage beinhaltet das Recht des Angeklagten, seinerseits auf Bestrafung des Privatklägers anzutragen. Damit hat die Widerklage - ebenso wie die Privatklage selbst - einen staatlichen Strafanspruch zum Gegenstand, der für den Widerkläger nicht disponibel ist. Anders verhält es sich bei der zivilprozessualen Widerklage (§ 33 ZPO), bei der es um zivilrechtliche Ansprüche geht, über die der Widerkläger sehr wohl disponieren kann. Zu Recht hat Dürwanger [3] darauf hingewiesen, daß die Widerklage im Privatklagerecht im Grunde nichts anderes als die Verbindung zweier zusammenhängender Strafsachen ist. Bestünde die Vorschrift des § 388 nicht, so hätte die Praxis die gleiche Einrichtung über § 237 geschaffen.

Bisher ist somit folgendes festzuhalten:

Während im Zivilprozeß der Vergleich, die Klagerücknahme und die Widerklage Ausgestaltungen der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime sind,

1) Arndt, NJW 1962, 784, bezeichnet den Ausdruck "Vergleich" im Privatklageverfahren sogar als "unangemessen".

2) Kleinknecht, § 388, Rdnr. 1

3) S. 379

können dies Vergleich, Klagerücknahme und Widerklage im Privatklageverfahren nicht für sich in Anspruch nehmen, da sie zu sehr von strafprozessualen Grundsätzen geprägt sind.

(5) Nun meint Roxin [1], im Privatklageverfahren gelte jedenfalls die für das Parteiprinzip der ZPO typische Dispositionsmaxime. Diese Ansicht ist indessen nicht differenziert genug, wie in den obigen Ausführungen bereits angeklungen ist. Die Dispositionsmaxime enthält drei Komponenten: 1. die Disposition über den Beginn des Verfahrens, 2. die Disposition über den Gegenstand des Verfahrens und 3. die Disposition über die Beendigung des Verfahrens [2]. Die erste und die dritte Komponente sind im Privatklageverfahren gegeben: Der Privatkläger kann das Privatklageverfahren in Gang bringen und es auch wieder beenden (Vergleich, Klagerücknahme). Dabei ist allerdings die Einschränkung zu machen, daß Beginn und Beendigung des Privatklageverfahrens nicht unmittelbar vom Willen des Privatklägers abhängen, sondern vom Ergehen eines Eröffnungs- bzw. Einstellungsbeschlusses. Die zweite Komponente gilt im Privatklageverfahren überhaupt nicht, da die Beteiligten über den staatlichen Strafanspruch nicht verfügen können (vgl. oben, unter 4 b), S. 152).

1) § 62, A II, b

2) Zeiss, § 26, S. 63 f

Schließlich gilt auch die für den Parteiprozeß der ZPO typische Verhandlungsmaxime im Privatklageverfahren nicht, sondern vielmehr, wie § 384 bestimmt, die Inquisitionsmaxime.

dd) Alles in allem läßt sich an dieser Stelle folgende Bilanz ziehen: Die für das Parteiverfahren der ZPO maßgeblichen Prozeßgrundsätze in Form der Dispositions- und Verhandlungsmaxime gelten im Privatklageverfahren überhaupt nicht, bzw. nur stark eingeschränkt. Vergleich, Widerklage und Klagerücknahme stimmen nur nominell mit ihren Gegenstücken in der ZPO überein; inhaltlich sind sie im wesentlichen von strafprozessualen Grundsätzen getragen. Daß sich das Privatklageverfahren in gewissen Kostenfragen nach der ZPO, bzw. nach dem GVG ausrichtet [1], fällt demgegenüber nicht ins Gewicht.

Damit steht fest, daß die Stellung des Privatklägers - entgegen der oben genannten Ansicht (siehe S. 140, Fußnote 2 - 5) weit davon entfernt ist, der Stellung des Zivilprozeßklägers zu gleichen. Die verschiedenartigen Strukturen der beiden Verfahrensarten sprechen somit entschieden gegen eine analoge Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO auf den Privatkläger [2], denn aufgrund dieser Verschiedenartigkeit geht es nicht an, in dem Fehlen einer dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechenden Regelung im Privatklagerecht eine planwidrige Gesetzeslücke zu sehen.

1) Vgl. §§ 379, 379 a

2) So im Ergebnis wohl auch Schönke, JZ 1952, 431, der sich - allerdings ohne nähere Begründung - auf die Verschiedenartigkeit der Prozeßgegenstände im Zivil- und Privatklageprozeß beruft.

ee) (1) Ein Teil der herrschenden Auffassung begründet den Analogieschluß allein mit dem Aspekt der Interessenlage, indem sie ein Ergebnis aus einem Vergleich der Interessenlage des Privatklägers mit der Interessenlage des Angeklagten zu gewinnen versucht [1]. Dieser Lösungsweg, dem ergänzend ebenfalls nachgegangen werden soll, ist aber bedenklich. Unter Analogie versteht man die Übertragung einer für einen Tatbestand im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten ähnlichen Tatbestand [2]. Bei Vornahme der rechtlichen Wertung, inwieweit eine Gleichbehandlung der beiden Tatbestände geboten ist, muß die Interessenlage des geregelten Falles mit der des nicht geregelten verglichen werden [3]. Hier muß demnach die Interessenlage des Zivilprozeßklägers mit der des Privatklägers verglichen werden, und nicht die Interessenlage des Angeklagten mit der des Privatklägers.

(2) Überholt ist die von Kalthoener [4] vertretene Auffassung, die Interessenlage des Privatklägers decke sich mit der des Zivilprozeßklägers dort, wo es dem Privatkläger um Wiedergutmachung gehe, nämlich bei der Verurteilung des Angeklagten zur Zahlung einer Buße. Diese Auffassung mag durchaus ihre Berechtigung gehabt haben, zumal die Buße von der herrschenden

1) BayObLG = JZ 1952, 429 (430); OLG Schleswig = SchlHA 1954, 209; OLG Braunschweig = NJW 1954, 1619; OLG Nürnberg = MDR 1964, 252

2) Larenz, Methodenlehre, S. 366

3) Lehmann/Hübner, § 8 III, 3

4) Kalthoener, S. 88

Meinung als zivilrechtliche Entschädigung und nicht als Strafe angesehen wurde [1]. Durch Art. 17 EGStGB vom 2. März 1974 sind jedoch sämtliche Vorschriften, nach denen die Zahlung einer Buße verlangt werden konnte [2]", aufgegeben worden. Infolgedessen kann eine zivilrechtliche Wiedergutmachung in Form einer Buße nicht Gegenstand der Interessenlage des Privatklägers sein.

(3) Wird nun der Privatkläger dennoch, wie dies einige meinen [3], ausschließlich im privaten Interesse tätig? Zwar soll hier nicht geleugnet werden, daß beim Privatkläger "der Wunsch nach persönlicher Vergeltung" besteht [4], insofern also auch "private" Interessen im Spiel sind. Es darf aber nicht vergessen werden, daß auch die im Privatklageverfahren verfolgbaren Delikte mit Strafe bedroht sind. Daran läßt sich ablesen, daß der Staat den Kreis der Privatklagedelikte als sozialschädlich eingestuft hat und an deren Verhinderung interessiert ist. Auch die Tatsache, daß der Staat das Verfügungsrecht über die Ingangsetzung des Verfahrens dem Verletzten überlassen hat, kann hieran nichts ändern [5]. Es sind somit auch in großem Maße Interessen des Gemeinwohls, die

1) RGSt 55, 188; 60, 12; Schönke/Schröder, 15. Aufl. Vorbem. 18 vor § 13; Dürwanger, S. 448

2) Das war der Fall nach den §§ 186, 187, 187a, 223, 223 a, 230 StGB; 4, 8, 17, 18, 20 UWG, 6, 7, 8, 49 PatG; 5, 6, 16 GebrMG; 24, 25, 26, WZG, sowie allen Delikten des GeschmMG

3) Sax in KMR, § 44, Anm. 3 c; Peters, S. 157; OLG Köln = JR 1952, 484; BayObLG 1970, 19

4) BayObLG, aaO.

5) Gerland in GS 60, 157 (218)

der Privatkläger bei seiner Rechtsverfolgung wahrnimmt. Im übrigen geht es bei der Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz eines Strafanspruches im Privatklageverfahren ja nicht etwa um einen persönlichen Strafanspruch des Privatklägers, sondern um einen staatlichen Strafanspruch. Der Privatkläger erstrebt in einem öffentlichen Strafverfahren [1] einen gerichtlichen Schuldausspruch über den Angeklagten.

Nach alledem steht fest, daß der Privatkläger eine Besserstellung gegenüber dem ausschließlich im privaten Interesse handelnden Zivilprozeßkläger verdient.

§ 85 Abs. 2 ZPO kann für den Privatkläger keine entsprechende Anwendung finden.

b) Zu prüfen ist nunmehr, ob § 85 Abs. 2 ZPO für den Nebenkläger analog angewendet werden kann.

aa) Sax [2] führt dazu aus: Da § 85 Abs. 2 ZPO für den Privatkläger analoge Anwendung finde, müsse dies wegen § 397 auch für den Nebenkläger gelten. Dieser Auffassung muß - abgesehen davon, daß ihr schon in der Prämisse nicht gefolgt werden kann - entgegengehalten werden, daß sie die Bedeutung des § 397 verkennt. Zwar gibt § 397 dem Nebenkläger nach erfolgtem Anschluß "die Rechte des Privatklägers", keinesfalls aber

1) Vgl. hierzu oben, S. 153, letzter Absatz

2) KMR, § 44, Anm. 3 c

dessen Pflichten [1] oder gar dessen Rechtsstellung im Verfahren. Der Nebenkläger kann nicht wie der Privatkläger das Strafverfahren selbständig einleiten oder betreiben, sondern kann sich nur der erhobenen öffentlichen Klage anschließen. Er kann das Offizialverfahren nicht durch Übereinstimmung mit dem Angeklagten beenden; die Möglichkeiten eines Vergleichsabschlusses oder einer Klagerücknahme (§ 391) gibt es im Nebenklageverfahren nicht [2]. Auch kann der Nebenkläger nicht mit einer Widerklage überzogen werden, so aber der Privatkläger gemäß § 388. Der Nebenkläger hat weiter im Gegensatz zum Privatkläger nicht die Pflicht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen oder sich vertreten zu lassen. Während bei Ausbleiben des Privatklägers oder seines Vertreters die Zurücknahme der Privatklage fingiert wird (§ 391 Abs. 2), hat - wie sich aus § 401 Abs. 2 S. 2 ergibt - das Ausbleiben des Nebenklägers oder seines Vertreters grundsätzlich keinerlei nachteilige Folgen [3]. Aus der fehlenden Verweisung auf § 391 Abs. 2 kann nur geschlossen werden, daß der Nebenkläger seine Stellung als Verfahrensbeteiligter auch bei Ausbleiben in der Hauptverhandlung nicht verlieren soll [4]. Die Erlöschensgründe der Nebenklage sind in § 402 enumerativ aufgeführt: Widerruf der Anschlußerklärung und Tod des Nebenklägers.

1) Kleinknecht, § 397, Rdnr. 1; BGHSt 15, 60

2) Der Nebenkläger kann zwar seine Nebenklägerposition durch Widerruf seiner Anschlußerklärung aufgeben (§ 402); dadurch bleibt das Offizialverfahren aber unberührt.

3) Vgl. aber den Sonderfall des § 401 Abs. 3

4) § 391 Abs. 2 ist auch nicht entsprechend anwendbar, RGSt 7, 376; Eb. Schmidt, § 397, 6

Da also § 397 dem Nebenkläger keinesfalls die gleiche Rechtsstellung verleiht wie dem Privatkläger, kann allein aufgrund dieser Vorschrift der Nebenkläger in der Frage der analogen Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO nicht genauso gestellt werden wie der Privatkläger.

bb) Ob § 85 Abs. 2 ZPO auf den Nebenkläger analog anwendbar ist, muß folglich nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Nebenklageverfahren in seiner Gestaltung noch mehr vom Parteiverfahren der ZPO abweicht als das Privatklageverfahren. Wie bereits oben angesprochen, kann der Nebenkläger das Strafverfahren nicht selbständig einleiten, sondern kann sich nur der erhobenen öffentlichen Klage anschließen. Eine Disposition über die Beendigung des Verfahrens gibt es bei der Nebenklage nicht, da Vergleich und Klagerücknahme dort nicht möglich sind. Auch die Widerklage ist dem Nebenklagerecht unbekannt. Überhaupt vermag der Nebenkläger durch seinen Anschluß den Charakter der Offizialklage nicht zu verändern [1].

Nach alledem ist es nicht recht verständlich, wenn das OLG München meint [2], die Stellung des Nebenklägers sei der eines Zivilprozeßklägers weitgehend gleichzusetzen.

Wegen der Verschiedenartigkeit der Strukturen des Nebenklageverfahrens und des Zivilprozesses kann im Fehlen einer dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechenden Regelung im Nebenklageverfahren nicht von einer planwidrigen Gesetzeslücke gesprochen werden.

1) So schon Bennecke/Beling, S. 648
2) NJW 1965, 120

cc) Was die Bewertung der Interessenlage des Nebenklägers im Vergleich zum Zivilprozeßkläger anbelangt, so kann beim Nebenkläger nicht davon die Rede sein, er handele wie der Zivilprozeßkläger ausschließlich im privaten Interesse [1]. Sicherlich spielt die persönliche Genugtuung beim Nebenkläger eine gewisse Rolle. Es soll auch nicht abgestritten werden, daß der Verletzte vielfach zur Schaffung einer günstigen Ausgangsposition für die zivilrechtliche Auseinandersetzung im Strafverfahren als Nebenkläger auftritt. Das wirkt sich jedoch auf das Strafverfahren nicht aus. Dem Nebenkläger geht es - wie dem Privatkläger - nicht um irgendein Ersatzinteresse, sondern vielmehr um den gerichtlichen Schuldausspruch über den Angeklagten [2]. Darüber hinaus wird der Nebenkläger im öffentlichen Interesse insofern tätig, als er neben dem Staatsanwalt [3] auf die Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz des staatlichen Strafanspruches hinwirkt.

1) So aber BayObLGE 1970, 19; OLG Braunschweig = NJW 1954, 1619

2) OLG Köln = MDR 1949, 501

3) Beling, S. 131 und Peters, S. 511 bezeichnen den Nebenkläger als "Streitgenossen" des Staatsanwalts. Kraft der Verweisungsnorm des § 397 hat der Nebenkläger entsprechend § 385 wie der Privatkläger die gleichen Rechte, die dem Staatsanwalt bei der Verfolgung der öffentlichen Klage zustehen. Ausgenommen sind diejenigen Rechte, die in der Amtsstellung des Staatsanwalts begründet sind (Löwe/Rosenberg, § 385, Rdnr. 1; siehe auch Motive, S. 222)

Demnach ist auch aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage zwischen Nebenkläger und Zivilprozeßkläger eine analoge Anwendung des § 85 Abs.2 ZPO auf den Nebenkläger nicht gerechtfertigt [1].

c) Zu beantworten ist nunmehr die Frage, ob § 85 Abs.2 ZPO auf den Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren analog anwendbar ist.

Die Struktur des Klageerzwingungsverfahrens weist - wie die Struktur des Nebenklageverfahrens - mit Ausnahme des Umstandes, daß die Einleitung in der Hand des Antragstellers liegt, keinerlei Parallelen zum Parteiverfahren der ZPO auf. Der Dispositions- und Verhandlungsmaxime vergleichbare Prinzipien sind dort nicht ersichtlich. Die Stellung des Antragstellers im Klageerzwingungsverfahren ist daher der Stellung des Zivilprozeßklägers nicht vergleichbar [2]. Die Struktur des Klageerzwingungsverfahrens spricht somit gegen eine analoge Anwendung des § 85 Abs.2 ZPO.
Nun soll aber nach Meinung des OLG Köln [3] die Interessenlage des Antragstellers im Klageerzwingungsverfahren der Interessenlage des Zivilprozeßklägers gleichen. Die Interessenlage des Antragstellers sei, so meint das OLG, nur von persönlichem Sühnebedürfnis bestimmt. Gegen diese Ansicht läßt sich jedoch anführen, daß der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren - wie der Privatkläger und der Nebenkläger - auch öffentliche Interessen wahrnimmt, indem er auf die Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz eines staatlichen Strafanspruches hinwirkt.

1) Dieses Ergebnis hat auch der BGH für einen Fall des § 395 Abs.2 S.1 vertreten, vgl. Beschluß vom 9.1.1963, 4 StR 228/62, zitiert bei Kohlhaas in NJW 1967, 191

2) Unverständlich daher:OLG München = NJW 1965,120

3) JMinBlNRW 1962, 260

Darüber hinaus wird der Antragsteller im rechtsstaatlichen Interesse auch insofern tätig, als er die "Wahrung des Legalitätsprinzips richterlicher Kontrolle unterstellt " [1].

Im Übrigen rückt der Antragsteller nach erzwungener Klage gemäß § 395 Abs. 2 S. 2 in die Rechtsstellung eines Nebenklägers ein, so daß schon unter diesem Gesichtspunkt eine Gleichbehandlung von Antragsteller und Nebenkläger in der Frage des § 85 Abs. 2 ZPO zulässig ist.

§ 85 Abs. 2 ZPO kann auf den Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren nicht entsprechend zur Anwendung kommen.

d) Der herrschenden Meinung (siehe oben, S. 127 Fn. 1 und 2, S. 128 , Fn. 1) sei abschließend entgegengehalten, daß es wenig überzeugend wirkt, einen Analogieschluß auf einer Vorschrift aufzubauen, die von ihrer inneren Berechtigung her bereits Zweifeln unterliegt.

Bruns [2] hat den § 85 Abs. 2 ZPO als "im Gerechtigkeitswert fragwürdig"bezeichnet, ohne dies allerdings näher zu begründen. Eine eingehendere Stellungnahme findet sich dagegen bei Petersen [3].

1) Eb. Schmidt, § 172, Rdnr. 1 mwN, der nachdrücklich auf die rechtsstaatlichen Belange im Klageerzwingungsverfahren hinweist. Vgl. auch oben, S. 18 f.,42 f.

2) JZ 1968, 456

3) Nachtrag zu § 232 II in: Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, S. 237

Petersen weist darauf hin, daß es der Rechtssuchende als unbillig empfinde, wenn er für Verschulden seines Anwalts geradestehen müsse; dies gelte insbesondere in den Fällen des Anwaltszwanges. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten könne sich der Angeklagte nicht einmal schadlos halten. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten schließlich sei zwar eine Schadloshaltung möglich, es ergebe sich dann aber die mißliche Folge, daß urteilsmäßig festgestellt werde, daß ein unrichtiges Urteil gefällt wurde und durch Versehen eines Organs der Rechtspflege aufrecht erhalten werde.

Dem BVerfG ist die Frage vorgelegt worden, ob § 85 Abs. 2 ZPO auch in Statussachen, speziell in Kindschaftssachen, mit dem Grundgesetz vereinbar sei [1]. Das Gericht hat diese Frage mit Mehrheit bejaht. Der Verfassungsrichter Schlabrendorff hat allerdings in seiner dissenting vote mit beachtlichen Gründen die Auffassung vertreten, § 85 Abs. 2 ZPO verstoße in Kindschaftssachen gegen Art. 6 Abs. 1, 5 GG. Auch in dieser Stellungnahme findet sich unter anderem die Argumentation, Anwaltszwang und Unmöglichkeit des Schadensausgleichs würden die Partei in eine ausweglose Lage bringen und sie zum Objekt gesetzlicher Regelung machen.

Angesichts dieser durchaus umstrittenen Position

1) Vgl. zu dieser Problematik ausführlich oben, S. 141 ff.

des § 85 Abs. 2 ZPO im Zivilprozeßrecht selbst sollte man mit einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf andere Verfahrensordnungen eher zurückhaltend sein [1]. Dies gilt namentlich für eine Anwendung auf das Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren, Verfahrensarten, die weder von ihrer Struktur noch von ihrer Interessenlage her dem Zivilprozeß gleichen, sondern - wie oben aufgezeigt - ganz entschieden von strafprozessualen Grundsätzen geprägt sind.

Privatkläger, Nebenkläger und Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren können somit unter den Voraussetzungen der §§ 44 und 45 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beanspruchen, wenn ihre Prozeßvertreter schuldhaft eine Frist versäumen.

III. Ein gegenteiliges Ergebnis könnte man unter Umständen für das Adhäsionsverfahren (§§ 403 ff) gewinnen. Dort könnte möglicherweise von den oben durchgreifenden Bedenken gegen eine analoge Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO abgesehen werden, denn Gegenstand des Adhäsionsverfahrens ist - anders

1) Auch in der zivilprozessualen Rechtsprechung wird § 85 Abs. 2 ZPO als eng auszulegende Ausnahmevorschrift angesehen, vgl. BGHZ 2, 205 (208)

als im Privatklage-, Nebenklage und Klageerzwingungsverfahren - ein vermögensrechtlicher Anspruch [1], den der Verletzte oder dessen Erbe im Strafverfahren geltend machen kann (§ 403 Abs. 1).

Die Frage, ob § 85 Abs. 2 ZPO im Adhäsionsprozeß analog anwendbar ist und somit dem Antragsteller Wiedereinsetzung versagt werden muß, wenn dessen Prozeßvertreter eine Frist schuldhaft versäumt, hat die Rechtsprechung bisher nicht entschieden. Dies ist ganz einfach die Folge der geringen praktischen Bedeutung des Adhäsionsprozesses überhaupt. Auch in der Literatur ist die vorliegende Problemstellung unerörtert geblieben. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme Kalthoeners. Kalthoener scheint zwar den unmittelbaren Zusammenhang der hier angeschnittenen Problematik mit der Frage der Analogie zu § 85 Abs. 2 ZPO im Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren zu erkennen, klammert aber das Adhäsionsverfahren wegen "Unergiebigkeit" von seiner Untersuchung aus [2].

Gerade in neuerer Zeit wird aber der Versuch unternommen, dem Adhäsionsverfahren mehr Geltung zu verschaffen.

1) Vermögensrechtliche Ansprüche iSd § 403 sind Ansprüche, die aus Vermögensrechten abgeleitet werden oder auf Geld oder Geldeswert gehen. Vgl. die Zusammenstellung bei Löwe/Rosenberg § 403, Rdnr. 11

2) S. 87, Fußnote 138

So ist eine teilweise Belebung des Adhäsionsverfahrens in der Initiative der CDU/CSU - Fraktion des 6. Deutschen Bundestages vom 12. Juli 1971 zu einem Gesetz über die Hilfe für Opfer von Straftaten angestrebt worden [1]. Auch im strafprozessualen Schrifttum ist die Forderung nach einer Belebung des Adhäsionsverfahrens laut geworden [2]. Angesichts dieser Bestrebungen erscheint es durchaus angezeigt, die eingangs gestellte Frage zu erörtern.

1. Entsprechend dem Ausgangspunkt der herrschenden Meinung zur Frage der analogen Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO im Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren [3] soll zunächst geprüft werden, in welchem Maße eine Verwandtschaft zwischen der Struktur des Adhäsionsprozesses und der Struktur des Zivilprozesses besteht.

Gegenstand des Adhäsionsprozesses ist ein zivilrechtlicher Anspruch, der im Strafverfahren geltend gemacht werden kann. Da aber im deutschen Prozeßrecht die Gerichte bürgerlich - rechtliche Ansprüche grundsätzlich getrennt von Straftaten verhandeln, kann es im Adhäsionsverfahren zur Konfrontation zwischen den Verfahrensgrundsätzen des Zivilprozesses und denen des Strafprozesses kommen. Für diesen Kollisionsfall hat § 405, Satz 2 vorgesorgt,

1) BT - Drucksache VI, 2420
2) Scholz in JZ 1972, 725; Kühler in ZStW 71, 617
3) Siehe oben, S. 139 ff.

wonach der Strafrichter in jeder Lage des Verfahrens befugt ist, von einer Entscheidung über den zivilrechtlichen Anspruch abzusehen, wenn sich dieser zur Erledigung im Strafverfahren nicht eignet. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn seine Prüfung das Strafverfahren verzögern würde. Dadurch ist unmißverständlich klargestellt, daß im Spannungsfalle die Durchführung des Strafverfahrens unbedingten Vorrang vor der zivilrechtlichen Auseinandersetzung zwischen dem Verletzten und dem Angeklagten genießt, somit also strafprozessuale Grundsätze vorherrschen.

Welche Prozeßmaxime dort Anwendung zu finden haben, wo strafrechtliche Belange nicht gefährdet sind, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Es gilt somit herauszufinden, ob sich das Adhäsionsverfahren dort mehr an die im Parteiverfahren der ZPO geltenden Dispositions- und Verhandlungsmaxime oder mehr an die dem Strafprozeß eigene Offizial- und Inquisitionsmaxime anlehnt.

a) Die ganz überwiegende Meinung geht davon aus, der Adhäsionsprozeß werde ausschließlich durch strafprozessuale Grundsätze beherrscht; die zivilprozessuale Verhandlungs- und Dispositionsmaxime wie überhaupt zivilprozessuale Grundsätze und Vorschriften sollen nicht gelten [1].

b) Demgegenüber wollen Schönke [2] und von Holst [3] zivilprozessuale Grundsätze im Adhäsionsprozeß gelten lassen.

1) Eb. Schmidt, § 404, Rdnr. 9; Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 404, Rdnr. 9; KMR, § 404, Anm. 2a; Henkel, S. 413; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer, § 404, Anm. 4; OLG Braunschweig = NJW 1952, 1230

2) DRiZ 1949, 122

3) Der Adhäsionsprozeß, S. 100 ff.

c) aa) Der herrschenden Meinung ist zwar zuzugeben, daß grundsätzlich die im Strafverfahren von Amts wegen erhobenen Ermittlungen und Beweiserhebungen auch die Grundlage für die Entscheidung über den zivilprozessualen Anspruch bilden. Dem Gericht liegt der zur Beurteilung der Strafsache erforschte Sachverhalt gleichzeitig als offenkundige Tatsache im Sinne des § 291 ZPO vor [1]. Insofern kann von der Geltung der Verhandlungsmaxime keine Rede sein. Der Verhandlungsgrundsatz kommt aber dort zum Tragen, wo der von Amts wegen aufgeklärte Sachverhalt für eine Entscheidung über den zivilrechtlichen Anspruch nicht genügend hergibt. Diese Möglichkeit ist von der herrschenden Meinung offensichtlich übersehen worden. In der artigen Fällen sind die zivilrechtlichen Beweislastregeln heranzuziehen; unter Umständen muß der Verletzte Beweisangebote erbringen oder der Angeklagte einen Entlastungsbeweis führen. Das gilt namentlich dann, wenn der Angeklagte dem Anspruch des Antragstellers Einwendungen außerhalb des Strafgeschehens entgegenhält, wie z.B. Erfüllung, Stundung oder Aufrechnung. Hier muß der Angeklagte die seine Einwendungen stützenden Tatsachen vortragen; ihn trifft die Behauptungs-, gegebenenfalls auch die Beweislast [2].

Voll zum Tragen kommt der Verhandlungsgrundsatz

1) von Holst, aaO., S. 100
2) von Holst, S. 102

auch insofern, als im Adhäsionsprozeß die Vorschrift des § 308 ZPO zur Anwendung kommt [1], wonach das Gericht nicht mehr als beantragt zusprechen darf, selbst wenn die Ermittlungen einen höheren Schaden ergeben.

bb) Zu prüfen bleibt, in welchem Maße die Dispositionsmaxime im Adhäsionsverfahren wirksam werden kann.

Der Anspruchsteller kann aufgrund des § 404 Abs. 4 uneingeschränkt über den Streitgegenstand des Adhäsionsprozesses verfügen. Dabei geht § 404 Abs. 4 sogar über den Rahmen des § 271 ZPO hinaus, da bei Antragsrücknahme eine Einwilligung der Gegenpartei nicht erforderlich ist.

Inwieweit der Angeklagte über den Streitgegenstand verfügen kann, ist nicht gesetzlich geregelt. Eine Auswertung der zu dieser Frage in Rechtsprechung und Literatur ergangenen Stellungnahmen ergibt folgendes Bild:

Die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage wird man dem Angeklagten mit der herrschenden Auffassung [2] versagen müssen. Die Widerklage würde das Verfahren mit Tatsachen belasten, die nur noch im entfernten Zusammenhang zur strafbaren Handlung stehen [3]. Der Angeklagte soll in erster Linie

1) Ganz h.M.: Kleinknecht, § 406, Rdnr. 1; Eb. Schmidt, § 406, Rdnr. 1; Dalcke, § 406 Anm. 2; Grau = DJ 1943, 335, von Holst, S. 103

2) Löwe/Rosenberg, § 403, Rdnr. 37; KMR, § 403, Anm. 4 d; Eb. Schmidt, § 403, Rdnr. 16; von Holst, S. 96

3) Grau, aaO., S. 337

wegen seines strafbaren Verhaltens zur Rechenschaft gezogen werden. Hiermit wäre es unvereinbar, ihm ein zivilprozessuales Angriffsmittel an die Hand zu geben.

Demgegenüber ist nach ganz einhelliger Ansicht eine Aufrechnung im Adhäsionsverfahren zulässig [1].

Auch ein Vergleich über den geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch wird ganz überwiegend für zulässig erachtet [2]. Die nur von Eb. Schmidt [3] vertretene Gegenmeinung hat in erster Linie die gesetzgeberische Intention gegen sich [4].

Ein Anerkenntnis entsprechend § 307 ZPO will die herrschende Meinung im Adhäsionsprozeß dagegen nicht zulassen [5]. Soweit die herrschende Meinung überhaupt eine Begründung gibt, führt sie aus, ein Anerkenntnis sei mit dem ausschließlich von strafprozessualen Grundsätzen beherrschten Adhäsionsverfahren unvereinbar [6]. Diese Begründung ist indessen wenig überzeugend. Von Holst [7] hat nachgewiesen, daß das Anerkenntnis neben dem Vergleich und der Aufrechnung im Adhäsionsprozeß durchaus seine rechtsdogmatische Berechtigung hat [8].

1) Wendisch in Löse/Rosenberg, § 403, Rdnr. 36; KMR, § 403, Anm. 4 d; Grau = DJ 1943, 333; Schönke = DRiZ 49, 122; von Holst, S. 104

2) Wendisch in Löwe/Rosenberg, § 403, Rdnr. 34; KMR, § 406, Anm. 4; LG Aachen = JMinBlNRW 1948, 144 und OLG Köln ebenda

3) § 404, Rdnr. 9

4) BT - Drucksache II, Nr. 2545, S. 256

5) Eb. Schmidt, § 404, Rdnr. 9; Dalcke, § 404, Anm. 4; KMR, § 404, Anm. 2 a; Schwarz, § 406, 1 A; OLG Neustadt = NJW 1952, 718

6) Eb. Schmidt, aaO.

7) S. 107 ff.

8) Im Ergebnis ebenso Sommer = DR 1944, 477

Von Holst führt unter Bezugnahme auf Löwe/Rosenberg [1] und KMR [2] zutreffend aus, daß der Streitgegenstand des Adhäsionsverfahrens einer Behandlung von Amts wegen jedenfalls insoweit entzogen ist, als sich diese gegen den übereinstimmenden Willen des Verletzten und des Angeklagten richtet. Deshalb sind der Verletzte und der Angeklagte auch befugt, das Verfahren unabhängig von den Vorstellungen des Gerichts zu beenden. Das kann durch einen Vergleich ebenso wie durch eine Aufrechnung geschehen. Vom prozessualen Gehalt dieser Erklärung unterscheidet sich - wie von Holst mit Recht feststellt - das Anerkenntnis nicht. Seine einzige prozessuale Folge erschöpft sich in dem Anspruch auf ein Anerkenntnisurteil [3]. Dieser Anspruch, sowie das ohne Sachprüfung ergehende Anerkenntnisurteil stehen dem Ablauf des Strafverfahrens nicht entgegen. Sie stören oder hemmen den Verfahrensablauf nicht, sondern beschränken sich lediglich auf die Erledigung des zivilrechtlichen Teils und erfüllen damit den vom Gesetzgeber gestellten Auftrag aus den §§ 403 ff StPO.

Obwohl der Angeklagte eine Widerklage nicht erheben kann, ist ihm aber durch die Zulässigkeit der Aufrechnung, des Vergleichs und des Anerkenntnisses eine sehr weitgehende Dispositionsbefugnis eingeräumt.

Nach alledem steht fest, daß sich zum Teil die Verhandlungs-, insbesondere aber die Dispositions-

1) § 403, Rdnr. 34 - 38
2) § 403, Anm. 4 d
3) Baumbach/Lauterbach, § 307, Anm. 3 A

maxime der ZPO auf den Adhäsionsprozeß auswirken. Die herrschende Meinung ist nicht konsequent, wenn sie einerseits fordert, die Grundsätze des Zivilprozesses dürften überhaupt nicht zur Geltung kommen, andererseits aber § 308 ZPO als Element der Verhandlungsmaxime, sowie Aufrechnung und Vergleich als Elemente der Dispositionsmaxime für zulässig hält. Die herrschende Ansicht verkennt vor allem, daß das Adhäsionsverfahren zwar in den Strafprozeß eingebettet ist, sich als solcher aber nicht darstellt [1].

Im Gegensatz zum Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren ist die Struktur des Adhäsionsverfahrens somit der Struktur des Zivilprozesses eng verwandt. Unter diesem Gesichtspunkt kann man in dem Fehlen einer dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechenden Vorschrift im Adhäsionsverfahren eine systemwidrige Gesetzeslücke sehen, so daß die erste Voraussetzung für einen Analogieschluß erfüllt ist.

2. Vor allem aber ist eine Analogie zu § 85 Abs. 2 ZPO hier deshalb gerechtfertigt, weil die Interessenlage des Adhäsionsklägers mit der des Zivilprozeßklägers vollkommen identisch ist. Während der Privatkläger, der Nebenkläger und der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren einen gerichtlichen Schuldspruch über den Angeklagten erstreben, geht es dem Adhäsionskläger -wie dem Zivilprozeßkläger - entscheidend um sein privates

1) So auch von Holst, S. 106

Ersatzinteresse. Das Strafverfahren ist für ihn nur Mittel zum Zweck, nämlich zur Verwirklichung seines Schadensersatzanspruches.

Der Adhäsionskläger hat somit in analoger Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO für schuldhafte Fristversäumnis seines Prozeßvertreters einzustehen. Ein anderes Ergebnis wäre vor allem deshalb nicht verständlich, weil es zu einer Verschiebung der Verantwortungslast führen würde. Dies kann aber nicht Sinn der Einrichtung des Adhäsionsverfahrens sein, das allein auf die rechtsverfolgungstechnische Vereinfachung der Durchsetzung der Ansprüche des Verletzten abzielt.

Der Antragsteller im Adhäsionsverfahren kann bei schuldhafter Fristversäumnis seines Prozeßvertreters keine Wiedereinsetzung beanspruchen.

IV. Als Gesamtergebnis bleibt festzuhalten, daß die dem § 85 Abs. 2 ZPO zugrunde liegende Haftungsregelung nur im Adhäsionsverfahren, nicht aber im Privatklage-, Nebenklage- und Klageerzwingungsverfahren analog zur Anwendung kommen kann. Demzufolge können der Privatkläger, der Nebenkläger und der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren, nicht aber der Antragsteller im Adhäsionsverfahren Wiedereinsetzung bei schuldhafter Fristversäumnis ihrer Prozeßvertreter beanspruchen.